

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

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

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

Magistrado Ponente

SL17462-2014

Radicación N° 44317

Acta N° 44

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA COLOMBIA** contra la sentencia proferida el 30 de octubre de 2009, por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario laboral seguido contra la sociedad recurrente por el señor **HUMBERTO HERRERA FORERO**.

I. ANTECEDENTES

Humberto Herrera Forero, demandó en proceso laboral al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. - BBVA

COLOMBIA, procurando como pretensión principal, su reintegro al cargo que venía desempeñando, «*Responsable de Departamento III adscrito a Contabilidad y Consolidación*», o a otro de igual o superior categoría y a pagarle los salarios con los incrementos legales, convencionales y prestaciones sociales dejados de percibir compatibles con el reintegro, desde el despido hasta su reintegro, el pago de las cotizaciones a la EPS COOMEVA por salud y al fondo de pensiones HORIZONTE por pensión, y a tener la relación laboral sin solución de continuidad.

Como pretensión subsidiaria, solicitó que se condenara al reconocimiento y pago de la diferencia salarial de los últimos tres años, entre el cargo de «*responsable Senior Grupo Contabilidad Servicios Centrales*», adscrito a la unidad de contabilidad y consolidación, que desempeñaba, y el cargo de mayor remuneración que pasó a desempeñar como «*responsable del Departamento III de Contabilidad de la demandada, en reemplazo del Señor (sic) LUIS LEONARDO LONDOÑO*», la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, indexada, con la remuneración que realmente le correspondía al último cargo desempeñado, así como los auxilios convencionales de vivienda, prima de vacaciones y de antigüedad, que el banco le pagó durante los últimos cinco años de vigencia de la relación laboral, la indemnización por mora del art. 65 del CST, lo *ultra y extra petita*, y las costas.

Como fundamento de sus peticiones, en lo que interesa al recurso, indicó que la demandada primero se denominó Banco de Caldas, posteriormente Banco Nacional

del Comercio, adquirido por el Banco Ganadero S.A., hoy denominado Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A., BBVA Colombia. Que empezó a trabajar al servicio del Banco de Caldas el 1º de abril de 1992, mediante contrato indefinido, hasta el 31 de agosto de 2006, *«por espacio de 14 años, 4 meses y 30 días»*. Que el último cargo que desempeñó fue el de *«responsable de Departamento III, adscrito a Contabilidad y Consolidación de la entidad demandada»*, y su última asignación salarial ascendió a \$7.797.500,00, más el auxilio de vivienda mensual por \$638.500,00, la prima convencional de vacaciones y de antigüedad, éstas últimas que no le tuvieron en cuenta en el pago de la indemnización por despido. Afirmó haber tenido intachable conducta y ser beneficiario de las convenciones colectivas suscritas por el banco y sus sindicatos, la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios ACEB, la Unión Nacional de Empleados Bancarios UNEB y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco Ganadero.

Transcribió el art. 14, literal d) de la convención colectiva de trabajo y que el banco, mediante comunicación del 31 de agosto de 2006, le dio por terminado su contrato de manera unilateral e injusta, con efectos *«a partir del 31 de agosto de 2006»*. Afirmó que por convención del 5 de diciembre de 1985 entre el banco y el Sindicato de trabajadores del banco Ganadero SINTRABAGAN y la Unión de Empleados Bancarios UNEB, se pactó una prima de vacaciones cuya cláusula copió. Que el 1º de octubre de 2003 fue ascendido como *«Responsable del Departamento de Contabilidad III»*, con la asignación del anterior cargo y el

funcionario Luis Leonardo Londoño al cual reemplazó, con las mismas funciones e iguales condiciones de trabajo, tenía para esa fecha un salario superior al suyo, pese a lo cual no le fue reajustado, infringiéndose el principio «a trabajo igual, salario igual».

Por lo expresado, asegura que el banco demandado le adeuda la diferencia salarial de los tres últimos años entre el cargo de «*Responsable Senior Grupo Contabilidad Servicios Centrales*» que desempeñó y el de mayor remuneración como «*Responsable del Departamento III de Contabilidad*», en reemplazo de Luis Leonardo Londoño; así como la reliquidación de la indemnización por despido, indexada, con la remuneración del último cargo y los auxilios convencionales de: vivienda, prima de vacaciones y prima de antigüedad, que el banco le pagó durante los últimos cinco años de la relación laboral. Finalizó aduciendo la mala fe de la entidad bancaria demandada.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

El BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA COLOMBIA contestó la demanda y se opuso a las pretensiones impetradas en su contra. Con relación a los hechos negó que el banco haya tenido origen en el Banco de Caldas, entidad esta que cambió de nombre a Banco Nacional del Comercio y de ahí fue adquirida por el BBVA COLOMBIA, antes BBVA BANCO GANADERO S.A. y antes de ello, BANCO GANADERO S.A. Aceptó como ciertos los hechos 2° al 6° relativos a la vinculación laboral del demandante, los extremos temporales, la clase de contrato

(indefinido), los cargos desempeñados por el demandante y que es beneficiario de las convenciones colectivas suscritas entre el Banco y sus sindicatos SINTRABBVA, ACEB y UNEB, así como de los laudos arbitrales; también aceptó el auxilio especial de vivienda, la prima de vacaciones y la de antigüedad, que no fueron tenidas en cuenta para la liquidación del demandante, pues no eran factor salarial, e incluso el trabajador firmó un documento *«aceptando la naturaleza no salarial del auxilio especial de vivienda»*.

Negó que haya sido un funcionario ejemplar y agregó que el banco debió pagar la indemnización por no ser eficiente. También negó los derechos pretendidos aduciendo que la acción de reintegro *«solo se aplica a las personas que a 1º de enero de 1991 tuvieron 10 o más años de servicios al Banco»*. Aceptó la carta de despido y la reclamación que hizo el demandante con lo cual *«incluso interrumpió la prescripción»*. Negó los demás hechos y aseguró que la prima de antigüedad no es salario como tampoco la de vacaciones. Que al demandante se le nombró en un nuevo cargo, el cual *«estaba ubicado en el contexto de la banda salarial del cargo que tenía el actor, y si bien estaba en un punto diferente de la banda de aquel, que se fija en consideración a las calidades de la persona, el actor no tenía derecho a incremento salarial, pues los salarios del Banco no se fijan por cargo sino en consideración a la persona»*. Añadió que *«el actor no tenía el conocimiento que tenía el Dr. LONDOÑO DÍAZ, quien llevaba varios años en el citado cargo y además su formación profesional y experiencia era muy buena y no comparable a la del actor que si bien iba ascendiendo dentro del banco no tenía la misma formación profesional ni*

experiencia de aquel»; por lo que el banco no adeuda el reajuste salarial. Terminó diciendo que es legal dar por terminado el contrato de trabajo con el pago de la indemnización.

Presentó las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, pago, improcedencia del reintegro y la «*genérica*».

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., puso fin a la primera instancia con la sentencia proferida el 16 de mayo de 2008 (fls. 660-672 del cuaderno principal), en la que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas, y condenó en costas al demandante.

IV. SENTENCIA COMPLEMENTARIA

El juzgado de conocimiento, ante solicitud de la parte demandante, pronunció sentencia complementaria el 24 de julio de 2008 (fls. 701-705), en la que absolvió de la pretensión reliquidatoria sobre la base del auxilio de vivienda, la prima convencional de vacaciones y de antigüedad como factores salariales.

V. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con las anteriores determinaciones jurisdiccionales, la parte actora apeló y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de octubre de 2009 (fls. 773-789), profirió sentencia por medio de la cual revocó la de primer grado y ordenó *«el REINTEGRO del señor HUMBERTO HERRERA FORERO, al cargo que venía ocupando o de mejor categoría, dentro de la demandada BANCO VILVAO (sic) VIZCAYA ARGENTARIA S.A.»*, así como también *«CONDENAR a la demandada a pagar al demandante, los salarios y demás prestaciones sociales legales y extralegales y las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, desde la fecha del despido hasta que se materialice el reintegro, con los incrementos legales o convencionales»*.

Para arribar a tales decisiones, el *ad quem* en relación con el reintegro, citó la sentencia CSJ SL, 2 nov. 2006, Rad. 27459, que transcribió en extenso, manifestando que el art. 14 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita el 9 de mayo de 1972, *«finalmente hizo una remisión a lo previsto en el numeral 5° del artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, en cuyo caso, sigue diciendo la norma, si el juez optare por la indemnización, esta se sujetará a lo acordado en el literal d) de la presente cláusula»*. Citó igualmente el num. 5° del art. 8° del D. 2351/1965, que *«le otorga al juez la facultad para ordenar el reintegro, siempre que las circunstancias demostradas en juicio no lo hagan desaconsejable»*.

También dijo que *«la modificación prevista en la reforma contenida en la Ley 50 de 1990, no aplica a la CCT, que consagró la acción de reintegro y por lo tanto, este se*

encuentra incólume», citando la sentencia CSJ SL, 2 jul. 2008, Rad. 31089, y concluyó que si bien «el banco canceló por concepto de indemnización, la valiosa suma de \$155.083.611,00. Para la Sala estas circunstancias no le permiten inferir que en verdad, el reintegro del actor sea desaconsejable, porque la pasiva no determinó los motivos que la motivaron (sic) a cancelar el contrato de trabajo. Simplemente hizo uso de una facultad legal de finiquitar el nexo contractual, previa indemnización».

VI. RECURSO DE CASACION

Presenta el recurso extraordinario de casación la parte demandada, en escrito a fls. 24-39 del cuaderno de la Corte, con el alcance de que la Sala de Casación Laboral **CASE** la sentencia acusada del Tribunal y, en sede de instancia, **confirme** la de primer grado y la adición a la misma, y provea en costas según el resultado del proceso.

Con tal objeto, invoca la causal primera de casación laboral, contemplada en el art. 60 del D. 528/1964, y formula dos cargos que merecieron réplica, que se estudian a continuación de manera conjunta, por compartir el mismo propósito y fundamentación, con relación al reintegro impetrado por el demandante, objeto de condena.

VII. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar por la vía **directa**, en el concepto de **infracción directa (falta de aplicación)**, el art. 14 de la L. 153/1887, lo cual condujo a la aplicación indebida del art. 10 de la misma, modificado por el art. 4° de la L. 169/1896, y de los arts. 467 del CST, 8° del D. 2351/1965, 6° de la L. 50/1990 y 230 de la CN.

Para la sustentación del cargo, dice que la demandada *«solicitó que se tuviera en cuenta lo normado en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, sin que su solicitud ni su argumento hubieran tenido respuesta alguna por parte del Tribunal»*.

Agrega que ello es pertinente, puesto que lo que hizo el *ad quem* fue *«revivir el numeral 5° del artículo 8° del decreto 2351 de 1965, pese a la expresa derogatoria que del mismo hizo el artículo 6° de la ley 50 de 1990, de la cual solo se hicieron unas puntuales exclusiones que no corresponden a las circunstancias de este caso porque, sin que sobre ello haya discusión, la relación laboral se inició con posterioridad a la expedición de la mencionada ley»*.

Acepta todas las conclusiones fácticas de la decisión impugnada.

Añade que el *ad quem* erró al acudir para su decisión a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, *«bajo la convicción de contener ella unas expresiones que constituyen “jurisprudencia”, cuando ello no es así porque claramente se aprecia que la cláusula convencional a la cual se había referido la sentencia que transcribió, es totalmente diferente a la que constituye el centro de la discusión en este proceso»*.

Finalmente, analiza la cláusula 14 de la Convención Colectiva y reitera su interpretación de la misma.

VIII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia del *ad quem* de violar por vía **indirecta** y por **aplicación indebida** las siguientes disposiciones sustanciales de orden nacional: arts. 467 del CST, 8° del D. 2351/1965 y 6° de la L. 50/1990.

Aduce como errores de hecho:

1. *Dar por demostrado, sin estar, que la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo de 1972 suscrita por el Banco demandado con los sindicatos de sus trabajadores, contiene una remisión al art. 8° numeral 5° del decreto 2351 de 1965.*
2. *No dar por demostrado, estándolo, que el objeto de la cláusula 14 convencional en cuestión, fue simplemente regular el monto de las indemnizaciones por despido regular el monto de las indemnizaciones por despido injusto aumentando lo previsto en el artículo 8° del decreto 2351 de 1965, sin adoptar como propio el reintegro previsto en el numeral 5° de esa norma legal respecto del cual se limitó a hacer una simple alusión de respeto a su existencia.*
3. *No dar por demostrado, estándolo, que los mismos sindicatos ACEB, UNEB y SINTRABAGAN han solicitado en sus pliegos de peticiones, como en los de los años 1979 y 2004, que se establezca convencionalmente la acción de reintegro por despido injusto.*
4. *No dar por demostrado, estándolo, que en ninguna de las convenciones colectivas de trabajo posteriores a la expedición de la ley 50 de 1990, se repitió, ratificó o refrendó el contenido de la cláusula 14 de la convención colectiva de 1972.*
5. *No tener por sentado, estándolo, que por ninguna parte en la cláusula o artículo 14 de la convención colectiva de trabajo de 1972 aparece que se hubiera pactado que el artículo 8° del*

decreto 2351 de 1965, entraba a formar parte de la (sic) dicha convención colectiva.

6. *Concluir, sin fundamento alguno, que en la convención colectiva de trabajo de 1972, se consagraron el reintegro y las indemnizaciones como condenas acumulativas.*

Como pruebas mal apreciadas, identifica el pliego de peticiones presentado por ACEB, UNEB y SINTRABAGAN del 1º de noviembre de 1979 (fls. 319-330), y el pliego de peticiones 2004, presentado por las mismas organizaciones sindicales el 4 de noviembre de 2003 (fls. 331-349).

Para la demostración del ataque, sostiene que si bien el Tribunal se apoya en sentencia de la Corte, *«el pronunciamiento que se utiliza por el Juez colegiado no constituye jurisprudencia y por ello no se acude ahora a la vía directa ni al modo de violación de la interpretación errónea»*, y agrega que para los efectos del recurso de casación en laboral, *«la convención colectiva es una prueba y no una norma sustancial»*.

Que el núcleo de la decisión es *«que “el artículo 14 de la CCT., suscrita el 9 de mayo de 1972, finalmente hizo una remisión a lo previsto en el numeral 5º del artículo 8º del decreto 2351 de 1965...”*. De allí se desprende que creyó que *en la convención mencionada se había hecho el mismo ejercicio que se adelantó en la convención colectiva de trabajo que estudió esa H. Sala Laboral en su sentencia del 2 de noviembre de 2006, radicación 27459»*.

Finalmente, presenta su análisis de la norma y agrega que el último de los yerros denunciados *«se propone solo*

como subsidiaria y en la muy improbable situación de no tenerse por ostensibles los anteriores yerros fácticos denunciados, no tuvo una manifestación expresa por parte del Tribunal, pero resulta de bulto con lo consignado en la parte resolutive de su decisión puesto que a pesar de reconocer que “el banco canceló por concepto de indemnización, la valiosa o” no precisó, como ha debido hacerlo, que por tratarse el reintegro y la indemnización de dos obligaciones alternativas y no concurrentes, la concesión del último imponía la absolución sobre la indemnización, además, porque si hay reintegro no hay perjuicio y al no existir este, es claro que desaparece la causa de la indemnización. En cambio, para el Tribunal las dos condenas resultaron acumulativas, lo cual claramente no aparece en la cláusula 14 de la convención colectiva de 1972».

IX. RÉPLICA

La parte demandante presentó réplica, en la que solicitó a la Corte no casar la sentencia y proveer en costas.

Solicita rechazar el primer cargo propuesto, para lo que plantea, esencialmente, que *«el cargo constituye un galimatías jurídico, adolece de protuberantes errores de técnica y es necio, por chocar estruendosamente contra la jurisprudencia de esa Alta Corporación»*. Señala que se ignoró *«el soporte real de la sentencia gravada (la convención de 1972)»*, ya que se orientó el cargo por la vía directa en la modalidad de falta de aplicación, *«lo que significa que el recurrente está conforme con los fundamentos fácticos del fallo, sin embargo, como en el desarrollo del mismo aludió a*

aspectos fácticos, esa circunstancia obligaría necesariamente a la H. Corte “a examinar el expediente, lo cual es ajeno a la vía escogida en este evento”, que después «el recurrente, en vez de hacer una disertación sobre el artículo 14 de la ley 153 de 1887, el artículo 10 ibídem, (modificado por el artículo 4° de la ley 169 de 1996), demás normas que se denuncian y que en su opinión “se aplicaron indebidamente”, se lanza en ristre contra la convención colectiva de trabajo», reproche que considera «incongruente e improcedente, por tratarse de una prueba, cuyo ataque solo procede por la vía indirecta».

Agrega, que si bien la censura descalifica la jurisprudencia como fuente de derecho, por la vía directa no era procedente en la modalidad elegida por el censor, sino por interpretación errónea. Así mismo, arguye que, si aún se avocara el estudio del cargo, por razones de fondo tampoco está llamado a prosperar. Para ello, manifiesta que el *ad quem* «no se salió de la convención como desatinadamente afirma el recurrente, para abrazar insensatamente el numeral 5°, artículo 8 del decreto 2351 de 1965», sino que el Tribunal basó el reintegro en el art. 14 de la Convención Colectiva de Trabajo del 9 de mayo de 1972, que remite a esa norma para consagrar la acción de reintegro del trabajador despedido sin justa causa con antigüedad superior a 10 años, «interpretación favorable acogida por la H. Corte», en armonía con el art. 53 de la CN y el principio *pro homine*, los Convenios 87 de 1948 y 98 de 1949 de la OIT, la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 y la sentencia CC T-001 de 1999, relativa al art. 53 de la Carta Política.

En cuanto al segundo cargo, hace hincapié en que *«como prueba “mal apreciada” se invocó la convención colectiva de trabajo del 9 de mayo de 1972 (Fls. 52 a 63) y como “no apreciadas”, los pliegos de peticiones presentados por ACEB, UNEB y SINTRABAGAN el 1º de noviembre de 1979 (fs. 319 a 330) y 4 de noviembre de 2003 (fls. 331 a 349)»,* argumento que es de orden jurídico y, por consiguiente, la vía debió ser la directa. Que *«nada impide que dentro de la libertad contractual, las partes puedan crear nuevos derechos laborales, pues en caso contrario se desnaturalizaría el fundamento de la negociación colectiva al limitar la iniciativa de quienes en ella intervienen».*

Cita el art. 14 de la convención colectiva de trabajo y asegura que es de clara y sencilla inteligencia reiterando su tesis de que la expresión empleada en la misma de *«sin perjuicio»*, equivale a *«dejar a salvo el derecho al reintegro previsto a la sazón en el numeral “5º del artículo 8º del decreto 2351 de 1965”, y el “si” empleado subsiguientemente, es condicional, para dejar a salvo el reintegro...».* En lo demás, insistió en sus argumentos frente a la interpretación de la norma citada y citó sentencias de esta Corte para apoyar sus tesis.

IX. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primeramente, en cuanto a las presuntas fallas de índole técnica del recurso, que señala la parte opositora, la Sala no las encuentra pertinentes, en la medida en que

ambos cargos son precisos en su alcance y demostración y coherentes con la vía seleccionada.

La modalidad escogida en el primer cargo, se refiere a la no aplicación de una norma concreta, relativa a la interpretación que hizo el Tribunal de las normas convencionales y legales aplicables al caso, aspecto a dilucidar exclusivamente por la vía planteada, para lo que, por demás, es improcedente abordar el estudio de las probanzas como sugiere de alguna manera la opositora.

En cuanto al segundo cargo, se encuentra correctamente planteado por la vía indirecta escogida por la censura. En él se enrostran los presuntos errores fácticos cometidos por el Tribunal y las probanzas presuntamente mal estudiadas, lo que llevaría a la indebida aplicación de las normas invocadas en el mismo.

Superado el escollo relativo a la técnica del recurso, la Sala entra al estudio de fondo de los cargos, de manera conjunta como se indicó desde un comienzo, en la medida en que tienen igual alcance; y aun cuando se presentaron por vía y modalidad diferentes, para su resolución comparten los mismos argumentos relativos a la interpretación de su fuente, en particular la convencional invocada para determinar la procedencia el derecho impetrado al reintegro.

Acusa la censura la falta de aplicación del art. 14 de la L. 153/1887, lo cual *«condujo a la aplicación indebida del*

artículo 10 de la misma ley...», norma que es del siguiente tenor literal:

Artículo 14. *Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que á ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.*

Pues bien, el numeral 5° del art. 8° del D. 2351/1965, sobre el que fundó el Tribunal la decisión del reintegro del demandante, fue derogado expresamente por el art. 6° de la L. 50/1990 y, por ello, el punto a dilucidar es si la norma convencional consagró extralegalmente su aplicación -así estuviera derogada dicha norma legal-, en lo que tiene que ver con la acción de reintegro.

Los siguientes supuestos fácticos quedan incólumes, por no discutirse en sede de casación y estar acreditados en el proceso:

i) Que el señor Humberto Herrera Forero trabajó al servicio del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A., BBVA Colombia, antes BBVA COLOMBIA, BBVA BANCO GANADERO S.A., que otrora comprara el Banco Nacional del Comercio que primigeniamente fue el Banco de Caldas.

ii) Que la relación de trabajo del actor empezó el 1° de abril de 1992 mediante contrato a término indefinido, hasta el 31 de agosto de 2006 cuando terminó por despido sin justa causa, a quien se le pagó una indemnización por valor de \$155.083.611,00.

iii) Que laboró por espacio de 14 años, 4 meses y 30 días y el último cargo que desempeñó fue el de *«Responsable de Departamento III, adscrito a Contabilidad y Consolidación de la entidad demandada»*, y que la última asignación salarial cancelada ascendió a la suma de \$7.797.500,00, más el auxilio de vivienda mensual por \$638.500,00, prima convencional de vacaciones y de antigüedad.

iv) Que era beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas por el banco y sus sindicatos, la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios ACEB, la Unión Nacional de Empleados Bancarios UNEB y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco Ganadero.

La Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en procesos adelantados contra la misma entidad bancaria, de similares contornos al hoy debatido, en los cuales se definió en forma puntual, que la intención inequívoca de las partes plasmada en el art. 14 convencional, fue la de aumentar la tabla legal de la indemnización prevista en el art. 64 del CST, modificado por el art. 8° del D. 2351/1965, y no crear una acción de reintegro.

En dicho pronunciamiento, reiterado en la sentencia CSJ SL, 24 abr. 2012, Rad. 40957, la Corte indicó:

*(...) no estaba señalando uno de varios sentidos de la estipulación convencional en comento, sino que su texto únicamente admitía inferir que allí **no se contempló el derecho al reintegro**, con lo cual rectificó cualquier otra postura que sobre el particular se hubiera emitido con anterioridad.*

En efecto, en sentencia del 20 de octubre de 2010 radicado 42333, reiterada en decisiones del 23 de noviembre de igual año y 15 de marzo de 2011, radicación 44716 y 41975 respectivamente, se puntualizó:

*“(...) Para la decisión sobre el cargo, advierte desde ya la Corporación que ha tenido en cuenta los diversos pronunciamientos proferidos por ella en asuntos similares en los que ha figurado la misma parte demandada y se ha ventilado la misma controversia, razón por la cual se procede nuevamente al examen de la **cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo de 1972**, cuyo texto literal es el siguiente:*

<INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:

“ARTÍCULO 14°. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del Banco, en los contratos a término indefinido la indemnización de que trata el Artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

“a) 60 días de salario mensual cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un año.

“b) 20 días de salario básico mensual si el trabajador tuviere más de un año de servicio continuo y menos de 5, además de los 60 días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguiente y proporcional por fracción.

“c) Si el trabajador tuviere 5 años o más de servicio y menos de 10, se le pagarán 25 días adicionales del salario sobre los 60 básicos del literal a), por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

“d) Si el trabajador tuviere 10 años o más de servicio continuos se le pagará 35 días adicionales de salario sobre los 60 días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguiente al primero y proporcional por fracción. Todo lo anterior sin perjuicio a lo dispuesto en el numeral 5° del Artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, en cuyo caso, si el juez opta por la indemnización, esta se ajustará a lo acordado en el literal d) de la presente cláusula>.”

Una lectura desprevenida de la disposición acabada de transcribir, refleja sin equívoco que la intención de las partes fue la de aumentar la tabla legal de indemnización que consagraba el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el artículo 8° del Decreto 2351 de 1965), en tanto los días de indemnización según el tiempo de servicio señalados por dicha norma legal, fueron efectivamente incrementados en el precepto convencional.

Desde la anterior perspectiva, los literales a) a c) del canon convencional no ofrecen dificultad alguna para su entendimiento, pero si muestran una clara voluntad de circunscribir el alcance normativo a la indemnización por despido sin justa causa en términos puramente cuantitativos.

El literal d), en su primera parte, que comprende a los trabajadores que llevaren 10 o más años de servicios continuos, tampoco se exhibe complicado para su aplicación, en cuanto, igualmente, supera el marco legal indemnizatorio que era de 30 días adicionales por cada año de servicio sobre los 45 básicos del literal a), para fijarlo en 35 días adicionales por cada año de servicios sobre los 60 adicionales del literal a), tal como quedó acordado en el artículo convencional.

La segunda parte del literal d) del texto contractual, es el que ha concitado la controversia entre las partes al decir ella que todo lo anterior, es decir los montos indemnizatorios convenidos, ocurre sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º, numeral 5 del Decreto 2351 de 1965, en cuyo caso, si el juez opta por la indemnización, ésta será la prevista convencionalmente.

No se desprende de la redacción del artículo 14 de la convención, que en verdad las partes celebrantes de dicho acuerdo hayan creado una acción de reintegro o que el texto legal quedó incorporado al convenio colectivo, pues nada indica que así se hubiera dispuesto, en tanto, se recuerda, lo que regula en realidad el mencionado precepto es una tabla indemnizatoria en casos de despidos sin justa causa.

En cambio, lo que sí está más ajustado al espíritu contractual, es que la mención que allí se hace del artículo 8º, numeral 5º del Decreto 2351 de 1965, obviamente le permite al trabajador afectado por un despido injusto con 10 o más años de servicio, incoar la acción de reintegro que la susodicha norma consagra, sólo que al momento de decidir entre el reintegro y la indemnización, si el juez dispone negar el primero, la indemnización que debe pagar es la prevista en el artículo 14 de la convención colectiva de trabajo de 1972. Con esa forma de disponer, sin duda las partes celebrantes de la convención precavieron de una vez por todas que el trabajador amparado por la acción legal de reintegro y que pretende éste derecho en proceso judicial, quedó cobijado subsidiariamente al restablecimiento del contrato de trabajo, por la tabla indemnizatoria convencional, lo que en otras palabras significa que al juez se le quitó la posibilidad de discutir si en el evento del pretendido reintegro legal, la norma correspondiente, esto es el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, se aplica en su totalidad en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma, o si era posible tener en cuenta la cuantía contractual indemnizatoria, escindiendo la norma legal en observancia del principio de la acumulación o de la atomización para escoger lo que fuere más favorable al trabajador. Sin embargo, y ya está

dicho plenamente, la manera como fue redactada la norma convencional, le impide absolutamente al juez abordar esa discusión y simplemente le ordena que negado el reintegro por desaconsejabilidad del mismo, el monto indemnizatorio a imponer es el pactado convencionalmente y no el que consagra la disposición legal.

Es que si las partes celebrantes de la convención hubieran querido pactar una acción de reintegro autónoma, nada impedía para que de manera clara así lo dispusieran o para que hubieran reproducido el texto legal o para que se dijera que formaba parte integral de la convención colectiva, condiciones frente a las cuales habría sido indiscutible la voluntad de los sujetos contractuales de entender regida las nuevas condiciones de trabajo bajo la égida, entre otros, del artículo 8°, numeral 5° del Decreto 2351 de 1965.

Pero, se repite, de la manera como quedó redactada la disposición convencional, emerge incuestionable que lo pretendido a través de la negociación colectiva, fue mejorar la tabla indemnizatoria legal prevista para los despidos sin justa causa por parte del empleador.

Establecido como está que la mención que hace la cláusula convencional del artículo 5°, numeral 5° del Decreto 2351 de 1965, **no tuvo la virtualidad de crear una propia y autónoma acción de reintegro ni la de entender reproducido el texto legal, así como tampoco que rigiera las nuevas condiciones de trabajo de acuerdo con la convención**, debe advertirse que en los casos en que un trabajador pretendiera el restablecimiento del contrato de trabajo, para su prosperidad obviamente tenía que sujetarse a los presupuestos establecidos en la mencionada disposición legal **mientras ésta tuviera vigencia** y de igual manera mientras la cláusula convencional continuara rigiendo. Por tanto, si el artículo 8°, numeral 5° del Decreto 2351 de 1965 fue modificado por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, es imperioso entender que los trabajadores beneficiarios de la convención que aspiraban judicialmente a obtener su readmisión en el trabajo que ejecutaba, tenían que acomodarse a los requisitos exigidos por la nueva preceptiva legal, especialmente en lo atinente a la acción de reintegro que dejó vigente para los asalariados que al momento de entrar en vigencia la Ley 50 de 1990, llevaban 10 o más años de servicio.

En ese orden de ideas, se ha precisar que la Corte no está señalando uno de los varios sentidos de la norma convencional

comentada, sino que da por establecido que la misma no consagra el derecho al reintegro. Por consiguiente, rectifica cualquier otro pronunciamiento sobre el particular.

(Destaca la Sala)

De ahí que si el art. 14 de la L. 153/1887 -dejado de aplicar en el caso-, implica que *«una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que á ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva»*, y la convención colectiva de trabajo no consagró el derecho al reintegro, necesario es concluir que el Tribunal no podía revivir los efectos contenidos en una norma legal derogada, ya que el art. 14 convencional no tenía esa virtualidad y así condenar a la demandada a la pretensión principal, menos aún si ésta última no contempló expresamente la posibilidad del reintegro.

Por tanto el juez colegiado cometió los yerros endilgados y los cargos resultan fundados. En consecuencia se pronunciará a continuación la correspondiente sentencia de instancia.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

La Sala, en sede de instancia, se pronuncia sobre las pretensiones, principal de reintegro, y las subsidiarias de reajustes salariales por los auxilios convencionales de vivienda, prima de vacaciones y de antigüedad invocados como elementos integrantes del salario, de la indemnización por despido, y de la nivelación salarial, también objeto del

recurso de apelación interpuesto por el accionante contra la sentencia de primer grado.

1) De la pretensión principal del reintegro

Como consideraciones de instancia, además de las expresadas al estudiar el cargo en casación, cabe agregar, que siendo un hecho indiscutido que el demandante ingresó a laborar el 1º de abril de 1992 por contrato indefinido, hasta el 31 de agosto de 2006, fechas en las cuales había dejado de regir el numeral 5º del art. 8 del D. 2351/1965, y como quiera que el art. 14 de la convención colectiva de trabajo de 1972 no consagró la acción de reintegro, tal como quedó visto, no hay lugar a la prosperidad de dicha pretensión principal, aspecto en el que se confirmará la sentencia absolutoria de primer grado.

2) De las pretensiones subsidiarias

En lo que concierne a las peticiones subsidiarias, esta Sala, igualmente, ya se pronunció frente al tema planteado, en relación con el auxilio de vivienda, primas de vacaciones y de antigüedad, como factores no salariales en la entidad bancaria demandada. En reciente jurisprudencia de la CSJ SL, 24 jul. 2013, Rad. 41155, que, *mutatis mutandis*, aplica al presente caso, se dijo:

Conforme lo determinó la Sala en sentencia de la CSJ Laboral, 5 de junio de 2012, Rad. 40530, proferida en un proceso seguido precisamente en contra del banco hoy demandado, efectivamente no es posible concluir que las referidas primas están concebidas como una contraprestación directa del servicio, esto es, que con ellas se estuviera retribuyendo de manera inmediata la actividad laboral desplegada por la demandante.

En dicha decisión se asentó que el reconocimiento para el caso de la <prima de vacaciones>, está relacionado con el descanso remunerado, que como es sabido, no tiene naturaleza salarial, porque durante el mismo, obviamente, no hay prestación del servicio, lo que ratifica que es un derecho accesorio o consecuencial que no puede tener la connotación de salarial, a menos que las partes del contrato de trabajo o de la convención pacten en sentido distinto, lo que en esta oportunidad no acontece. Es así que el artículo 47 del reglamento interno de trabajo del Banco aprobado en el año 1974 y el artículo 46 del aprobado en 1994, establecen que ese beneficio se pagaría junto con el disfrute de las vacaciones (folios 67 y 331 vto. del cuaderno de anexos No. 5). En sentencia de la CSJ Laboral, 27 de mayo de 2009, Rad. 32657, en un proceso análogo seguido contra la misma entidad demandada, esta Corporación puntualizó:

“(...) Por ende, no cabe duda de que el reconocimiento de la prima en comento no tenía como propósito retribuir el servicio, en la medida en que se pagaba precisamente en relación con un momento en la vida laboral de la demandante en la que no prestaba ningún servicio, es decir, no trabajaba por disfrutar de un descanso legal remunerado.

Y el hecho de que su causación requiriera de la prestación de servicios durante cierto lapso, no significa que estuviera retribuyendo ese trabajo, que se remuneraba de otras maneras y a través de otros pagos, estos sí claramente salariales.

En consecuencia, no tenía derecho la promotora del pleito a que las sumas que recibió, por concepto de prima de vacaciones, se le tomaran en cuenta como factor de salario para efectos de liquidar sus prestaciones sociales.....”.

Del mismo modo, la <prima de antigüedad> existente en el Banco, no tiene el carácter retributivo, directo y habitual del servicio prestado, ya que según el texto convencional se cancela por arribar el trabajador a cierto número de años de servicio, valga decir, 10, 15, 20 y 25 años (folios 320 y vto. del cuaderno principal), como un estímulo a su permanencia en la entidad demandada. En sentencia de la CSJ laboral, 20 de octubre de 2010, Rad. 42333, proferida en otro caso con características similares al que ocupa la atención de la Sala, adelantado contra la misma entidad bancaria, se dijo:

“(...) En lo relacionado con la prima de antigüedad, se observa que nació como una gratificación que la demandada concedía a sus trabajadores por haber cumplido determinado tiempo de servicio, según la Resolución de Junta Directiva No. 9 del 22 de marzo de 1961. En las diversas convenciones colectivas de trabajo aportadas a los autos, aparece pactada en una suma determinada, por una sola vez, con referencia al sueldo devengado por el trabajador y su causación se da al cumplir el tiempo de servicio predeterminado, cuyo mínimo es de cinco años, lo que posibilita entender que en realidad no tiene carácter retributivo, directo y habitual del servicio prestado, sino que se cancela por llegar a cierto número de años de servicio, es decir, como un

estímulo a la perseverancia del empleado en sus labores, todo lo cual indica que no puede considerarse como factor de salario”.

De acuerdo con lo expresado, el tribunal apreció correctamente las convenciones colectivas de trabajo de folios 290 a 343 del cuaderno principal, 184 a 205 del cuaderno de anexos No. 5, y 1 a 298 del cuaderno de anexos No. 6, que consagraron los citados beneficios o primas convencionales en cuestión, sin que se observe yerro fáctico protuberante del Juzgador de segunda instancia.

Ahora bien, ciertamente el artículo 83 del citado reglamento interno de trabajo del año 1974, consagró que “El Banco a través de las diferentes convenciones y fallos arbitrales tienen (sic) establecidas las siguientes prestaciones sociales adicionales para sus trabajadores” y entre ellas relaciona la “PRIMA DE VACACIONES” y la “PRIMA DE ANTIGÜEDAD” (folios 85 a 88 del cuaderno de anexo No. 5); empero como en parte alguna de ese articulado se especificó el carácter salarial o no de esas primas extralegales, es necesario remitirse a la fuente de esos beneficios o prestaciones adicionales a las legales, para el caso las convenciones colectivas de trabajo, y siendo ello así, de haber omitido el Tribunal en este punto la valoración del mencionado reglamento interno de trabajo, ello no sería suficiente para lograr quebrar la sentencia impugnada.

En resumen:

i) En cuanto al **auxilio de vivienda**, por las pruebas aportadas, se dispuso que ese auxilio no tendría connotación salarial.

ii) La **prima de vacaciones**, es claro que es accesoria a las vacaciones legales, que a su vez no tienen naturaleza salarial. Si las vacaciones, por definición legal, no son salario, tampoco lo serán las primas de vacaciones, que no son retributivas del servicio, ya que nacen a la vida jurídica cuando el trabajador adquiere el derecho a las vacaciones y se pagan cuando entra a disfrutarlas, lo que ratifica que es un derecho accesorio que no tiene connotación salarial, a menos que las partes del contrato de

trabajo o de la convención pacten en sentido contrario, que no es el caso.

iii) La **prima de antigüedad**, en esta empresa se otorga a sus trabajadores por determinado tiempo de servicio, según la Resolución de la Junta Directiva No. 9 del 22 de marzo de 1961. En las diversas convenciones colectivas de trabajo aportadas aparece pactada en una suma determinada, por una sola vez, con referencia al sueldo devengado por el trabajador, y su causación se da al cumplir el tiempo de servicios predeterminado, cuyo mínimo es de cinco años, lo que implica que **no tiene carácter retributivo, directo y habitual** del servicio prestado, sino que se cancela por llegar a cierto número de años de servicio, es decir, como un estímulo a la perseverancia del empleado en sus labores, lo que indica que no puede considerarse como factor de salario.

Finalmente, sobre estas pretensiones de la demanda, en cuanto a la jurisprudencia citada por el replicante, la misma no se ajusta al caso presente, ni corresponde a una situación análoga, pues se trata de casos disímiles frente a entidades diferentes. Incluso las citas que trae no corresponden al tenor literal de las mismas, en tanto que las traídas a colación por la Corte en este caso, sí tienen que ver de manera directa con el asunto bajo examen contra idéntica entidad demandada y objeto.

Son estas las razones por las que se mantendrá la absolución impartida en primera instancia por dichos conceptos.

3) De la nivelación salarial

Con relación a la pretensión subsidiaria de la nivelación salarial, debe dilucidarse si por desempeñar el actor el mismo cargo y funciones de quien lo desempeñó anteriormente -el señor Luis Leonardo Londoño-, tiene aquel derecho a percibir la misma remuneración de éste, o si, por el contrario, las razones esgrimidas por la empresa para establecer y mantener una diferencia salarial entre ambos constituyen motivos suficientes y legítimos -es decir, no discriminatorios-, para justificar dicho trato retributivo diferente.

No está en discusión en este asunto, que el demandante, Humberto Herrera Forero, desempeñó el cargo de superior categoría al que anteriormente ostentaba en la entidad bancaria, como *«Responsable de Departamento III adscrito a Contabilidad y Consolidación»*. La entidad demandada reconoció que el citado trabajador *«iba ascendiendo dentro del banco»*, al ser nombrado en un cargo superior al que venía desempeñando, en reemplazo de Luis Leonardo Londoño.

Tampoco están en discusión que fueron iguales las funciones desempeñadas en el citado puesto de trabajo, tanto por el demandante como por Luis Leonardo Londoño, desde el 3 de septiembre de 2003 (fls. 14 del cuaderno 2), hasta el 31 de agosto de 2006 (fls. 13, del cuaderno 2), es decir, por espacio de casi tres años. Tampoco están en

discusión su grado de responsabilidad, ni sus resultados iguales.

Está igualmente reconocido, que –a pesar de haber sido promovido el actor al nuevo cargo-, el banco continuó remunerando su trabajo con el mismo salario del que anteriormente desempeñaba, de «*Responsable Senior Grupo Contabilidad Servicios Centrales*», en cuantía de \$6.253.000,00 como «*asignación mensual y banda salarial*», tal como se le expresó en la comunicación de la ratificación de su nombramiento (fls. 14 del cuaderno 2), correspondiente a dicho cargo para 2003. Ello mientras que quien el actor reemplazó en ese cargo devengaba la suma de \$8.353.000,00; es decir, que al demandante se le pagaba menos por desempeñar el mismo cargo, pese a la igualdad en puesto, jornada, responsabilidades y funciones, cumpliendo así el actor su carga probatoria en el proceso, e invirtiéndose la misma para el banco, que debía demostrar los factores objetivos de diferenciación (eficiencia), que ameritaran o justificaran el trato remuneratorio disímil.

Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «*a trabajo igual salario igual*», tiene por carga probatoria demostrar el «*puesto*» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado

anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7° de la L. 1496/2011, según la cual *«Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación»*, en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato.

Proyectado lo anterior al caso bajo estudio, se tiene que el cargo desempeñado por ambos trabajadores fue el mismo, con idénticas funciones y responsabilidades y las mismas condiciones de modo, tiempo, lugar.

De ahí que por inversión de la carga probatoria, la entidad bancaria debió haber acreditado la justificación del trato salarial diferente.

Revisada la contestación de la demanda frente a este específico punto, se observa que el banco aduce para justificar dicho pago diferenciado, que al demandante *«[S/e*

le nombró **en un nuevo cargo**, el cual también estaba ubicado en el contexto de la **banda salarial del cargo** que tenía el actor, y si bien estaba en un punto diferente de la banda de aquel, que se fija en consideración a las calidades de la persona, **el actor no tenía derecho a incremento salarial, pues los salarios del banco no se fijan por cargo sino en consideración a la persona»** (Destaca la Sala)

Además, la entidad bancaria también pretendió explicar la diferencia en el pago, porque:

El actor no tiene derecho al salario que tenía otro funcionario, pues como se ha dicho, en la accionada los salarios no se fijan para el cargo sino para la persona y además el actor no tenía el conocimiento que tenía el Dr. LONDOÑO DÍAZ quien llevaba varios años en el cuitado (sic) cargo y además su formación profesional y experiencia era muy buena y no comparable a la del actor que si bien iba ascendiendo dentro del banco no tenía la misma formación profesional ni experiencia de aquel.

Ante lo cual cabe decir que si bien puede el empleador establecer un trato remuneratorio diferente para dos trabajadores que han desempeñado el mismo cargo, en la misma jornada, para que ese trato disímil sea legítimo tendrá que acreditar motivos relevantes, en cuanto a la diferente eficiencia de ellos, es decir, acreditar que el factor subjetivo es dispar. Pero para ese efecto deberá demostrar que, estando ambos en la misma “banda” salarial, quien devenga mejor remuneración exhibe o exhibió mejor eficiencia, conforme a criterios pre-establecidos, objetivos y medibles.

De ahí que la Sala considere que la aplicación del denominado “sistema de bandas” puede reputarse legítimo

para establecer diferencias remuneratorias entre dos trabajadores que tienen el mismo puesto de trabajo, con la misma jornada, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: i) que los criterios de calificación sean objetivos –vale decir, que no impliquen segregación indebida, lo que significa que no sean contrarios a los principios y valores constitucionales y a las reglas legales; y ii) que el empleador compruebe que dichos criterios ha sido aplicados a los trabajadores objeto de comparación, de forma sistemática y periódica. No basta, pues, con acreditar la existencia de una política de remuneración, sin que se demuestre que ella ha sido aplicada regularmente a los trabajadores que se comparan.

En el caso de la demandada, los criterios de calificación dentro de una misma “banda” salarial, que ella denomina como criterios para la “valoración de competencias”, son: 1) Actitud ante el cambio, 2) Autodesarrollo, 3) Eficacia, 4) Implicación, 5) Iniciativa, 6) Potencial, 7) Relaciones interpersonales, 8) servicio al cliente y 9) Dirección de personal (esta última aplicable solamente a cargos que tengan colaboradores bajo su responsabilidad), criterios que se encuentran definidos en el llamado por el banco «*Diccionario de Competencias BBVA*» (fls. 150 a 160 del cuaderno 2).

A su vez, según la política de la accionada, cada uno de dichos ítems se califica en cada trabajador, de forma que la sumatoria de los puntajes de cada uno resulta en un puntaje final para él. El desempeño de cada trabajador dentro de un determinado período de tiempo, se clasifica - con base en los puntajes obtenidos por él-, como «*muy*

destacado», «*destacado*», «*bueno*», «*normal*», «*regular*» y «*malo*». Luego, dependiendo de esa calificación, a cada trabajador se le asigna un porcentaje de incremento anual de su salario y condiciones (Extracto de acta de Junta Directiva BBVA Colombia Nro. 1493, Fl. 165 del cuaderno 2)

De manera que dos trabajadores que desempeñen o hayan desempeñado el mismo puesto de trabajo, en igual jornada, podrían devengar salarios diferentes, de conformidad con el puntaje obtenido en su evaluación de competencias. Sin embargo, en el caso concreto, las evaluaciones efectuadas y las diferencias de puntajes en el período no se acreditaron en este caso por la demandada.

No bastaba pues a la accionada decir en la respuesta a la demanda que la justificación del trato remuneratorio diferencial para el mismo cargo, estaba en que «*los salarios del banco no se fijan por cargo sino en consideración a la persona*», afirmación ésta que expresa sin duda la «política del banco», pero que es insuficiente para demostrar los elementos objetivos que determinaron para el caso concreto del demandante dicho trato diferencial entre él y el trabajador con quien se le compara.

Debió demostrar el demandado, y no lo hizo, que había efectuado las valoraciones o mediciones correspondientes en el lapso de los casi tres años que el demandante desempeñó el cargo superior, y que su desempeño se hubiera realizado en condiciones inferiores de eficiencia que el funcionario a quien aquel reemplazó. Es decir, que éste último mostró objetivamente mejores resultados (atribuibles a su antigüedad en el cargo, formación o a su experiencia, o

por otras circunstancias individuales). Al no haberlo hecho así, y demostrada la igualdad en el puesto, se presume que ambos trabajadores lo desempeñaron de igual forma y con aporte del mismo valor.

Ahora bien, tampoco demostró la accionada que en su política de ascensos se hallara establecido un período inicial razonable en el nuevo puesto, dentro del cual la empleadora pudiera verificar que el trabajador ascendido reuniera las exigencias o competencias del nuevo cargo, antes de reconocerle una remuneración acorde. Este punto de política también sería admisible, siempre y cuando se basara en criterios objetivos. Sin embargo, como no fue demostrado por la accionada, es asumible que ésta consideró que el actor tenía desde el principio las condiciones de idoneidad para el cargo para el que había sido ascendido, al menos en la misma proporción de quien le antecedió en éste.

Nótese que, luego de nombrado para el cargo superior, el demandante lo desempeñó durante tres años, y sus incrementos salariales se efectuaron con base en el salario del cargo inferior anterior. Es decir, no se tomó una nueva base, coherente con el nuevo cargo, y ese trato no fue justificado por la demandada. Tampoco lo fue la circunstancia alegada por ésta, en el sentido de que el señor Luis Leonardo Londoño tuviese una mayor antigüedad que repercutiera en mejor desempeño y ameritara un mejor trato retributivo, ni que el nuevo cargo al que ascendió al actor exigiera objetivamente un determinado perfil profesional. De ahí, que el argumento de la accionada para sustentar un trato retributivo diferente, que hace hincapié

en que el actor no reunía las calificaciones profesionales que el comparado funcionario anterior si exhibía, se cae de su peso, pues dicha situación no fue óbice para que la empresa lo hubiese ascendido al nuevo cargo. Tampoco que la eficiencia del demandante en el desempeño del cargo haya sido inferior a la de aquel. Estas condiciones no podían presuponerse sino demostrarse por la empleadora.

Tampoco se encuentra acreditada ninguna valoración efectuada regular y objetivamente por la accionada sobre el desempeño del demandante, que mostrara que su desempeño del cargo haya sido en condiciones de eficiencia inferiores a las que exhibió el señor Luis Leonardo Londoño, con quien se le compara.

Nótese que, por el contrario, la calificación del demandante obrante en certificación a fls. 510 del cuaderno 4, da cuenta de que su desempeño fue catalogado entre “bueno” (2002 y 2005) y “destacado” (2003 y 2004), e incluso en el año 2004 obtuvo una calificación de “destacado”, mientras que el señor Londoño obtuvo la de “bueno”. Ello desvanece el argumento de que este último tuviera mejor «catalogación», en términos del banco, ni antes, ni durante, ni después de ocupar el mismo cargo.

Año	Humberto Herrera F.	Luis Leonardo Londoño D.
2002	Bueno	Bueno
2003	Destacado	Destacado
2004	Destacado	Bueno
2005	Bueno	Destacado

El trato retributivo reconocido al actor contradice la afirmación de la accionada, en el sentido de que ella remunera a sus empleados en consideración a las «calidades de la persona» y «no el cargo», con base en la «banda» salarial que ella ha establecido. Y también entra en contradicción con la respuesta dada por ella al hecho 15 de la demanda, cuando afirmó que «Se le nombró en un nuevo cargo, **el cual también estaba ubicado en el contexto de la banda salarial del cargo que tenía el actor**» (fls. 324). (Destaca la Sala).

En cuanto a las afirmaciones del representante legal de la demandada (fls. 351) respecto al tema que nos ocupa, al absolver el interrogatorio de parte, manifestó:

Las personas que como el demandante estaban en la banda salarial su remuneración está regulada por la política de salarios y beneficios que para cada año expida la junta directiva de la demandada, política que como obra a folios 150 a 198 depende de lo que se ha conocido al interior de la organización V.B.A. (sic) que significa valoración básica anualizada, que también se ha llamado y se llama hoy por hoy catalogación que es una evaluación a los trabajadores en aspectos tales como actitud frente al cambio, eficiencia, iniciativa, relaciones interpersonales, autodesarrollo, implicación, potencial, y servicio al cliente entre otros, aspectos que tiene (sic) una valoración objetiva de una parte y otra subjetiva y que de acuerdo con la misma que se practica año a año de acuerdo con el resultado que obtenga cada funcionario se le asigna su salario esto según los incrementos autorizados por la junta dependiendo si la catalogación fue mala, regular, normal, buena, destacada, o muy destacada, valoración que se enfrenta con la tabla de niveles que se establece desde España, para ser aplicada a la banda salarial a la que pertenezca un funcionario. Evidencia esto que los salarios en la demandada no se fijan para un cargo sino en consideración a la catalogación de un trabajador lo que indica que no es viable pretender que un trabajador que reemplaza a otro tenga derecho al salario de quien reemplaza pues como se dijo los salarios se fijan de acuerdo con una catalogación personalizada y no para un cargo. Así las cosas teniendo en cuenta que el demandante al

ser nombrado el 1 de octubre del 2003 como responsable en carta recibida por el mismo y firmada por este como obra a folio 14 del anexo 1, en donde consta que se le comunicó su nombramiento con la misma asignación que llevaba y que este no reclamó durante la vigencia del contrato ni a la terminación del mismo...

Lo anterior revela una confesión de dicho representante legal, en cuanto a que:

i) El demandante efectivamente reemplazó a un funcionario del banco en el cargo de «*Responsable del departamento nivel III de Contabilidad*», pese a lo cual se le mantuvo «*con la misma asignación que llevaba*», en el anterior cargo de «*Responsable Senior Grupo Contabilidad Servicios Centrales*»;

ii) Si el banco tenía una política salarial que implicaba analizar o estudiar «*anualmente*» el comportamiento del trabajador para considerar su remuneración, no hay evidencia de que en los tres (3) años aproximados que desempeñó el nuevo cargo, se haya realizado una regular y objetiva «*catalogación*» al demandante;

iii) La entidad bancaria acusa al demandante de no haber realizado ninguna reclamación con posterioridad al 1° de octubre de 2003, fecha de su nombramiento, lo cual es intrascendente para efectos de la remuneración que el banco, como empleador, debía establecer para el cargo dada su política salarial, según los criterios descritos por su representante;

iv) No se acreditó que en verdad eran la formación profesional, la experiencia, ni la antigüedad en el cargo, los criterios para haber determinado que al demandante se le ascendió, pero **manteniendo su salario del cargo anterior**, aspectos que, en su caso, no se demostró hayan sido el factor diferenciador ni realizado valoración de los mismos en cada anualidad. Tampoco que durante su desempeño o después de tres (3) años se haya constatado que la *«actitud frente al cambio, eficiencia, iniciativa, relaciones interpersonales, autodesarrollo, implicación, potencial, y servicio al cliente entre otros»* del actor, hayan sido tenidos en cuenta, ni que los mismos hayan repercutido en un mayor valor agregado por el antecesor en el cargo. Finalmente no se demostró que el demandante, en los tres años que desempeñó el cargo superior, hubiera tenido un desempeño inferior al trabajador con quien se le compara. Por el contrario, está acreditado en el proceso que durante los años 2003 y 2004 su desempeño fue calificado por el Banco como *«Destacado»* (fls. 510), en contraste con la calificación de *«Bueno»* del comparado Londoño Díaz, si bien para el año 2005 su desempeño se calificó como *«Bueno»*.

La prueba testimonial, en este punto no dio información que desvirtuara las conclusiones de la Sala. Al efecto, la testigo Gloria Riveros Osorio (fls. 481-490), pese a que dijo conocer los cargos en los cuales se desempeñó el actor, declaró no saber cuáles eran las funciones de esos cargos, ni el desempeño del demandante en los mismos, ni la diferencia entre estos; el testigo Juan Carlos Díaz Téllez (fls. 492-500), dijo no saber que el demandante se hubiera desempeñado en el cargo denominado *«Senior Grupo*

Contabilidad y Servicios Generales», pero en forma contradictoria afirmó que ese cargo era diferente al que pasó a desempeñar el actor, y no conocer las funciones de los cargos desempeñados por este, ni desde cuándo los desempeñó.

En conclusión, la accionada no demostró que el trato retributivo disímil se hubiera basado en que el señor Luis Leonardo Londoño Díaz, con quien se compara el actor, exhibiese sistemáticamente una mejor eficiencia que el demandante en el mismo puesto de trabajo, o en que aquel desempeñara funciones superiores o adicionales, o en mejores condiciones de compromiso, habilidad o conocimientos, o con mejor calidad, sentido de pertenencia, compromiso, u otros factores. Tampoco que al aplicar el denominado «*sistema de bandas*» al demandante, se haya determinado, mediante evaluación objetiva y periódica, que prestó sus servicios en el referido cargo superior, en menores condiciones. Pese a todo ello, el demandante recibió un trato salarial diferente.

Colombia tiene ratificado el Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en empleo y ocupación. A partir de la Constitución de 1991, por efecto del art. 93 superior, dicho convenio «*prevalece en el orden interno*», o sea, forma parte del llamado «*bloque de la constitucionalidad*», en forma inescindible con el art. 13 de la Carta. Esto significa que el citado convenio se erige en razón para las reglas legales que en Colombia regulan la igualdad y no discriminación en materia retributiva en el ámbito laboral. En concreto, el art. 143 CST, el cual, así, ha de interpretarse en función de tal

instrumento internacional, incorporado como precepto superior en el ordenamiento jurídico interno.

En su artículo 1º, dicho instrumento señala:

1. A los efectos de este Convenio, el término **discriminación** comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) **cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación** que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

(Resalta la Sala)

Significa la anterior norma (lit. b), que, aparte de los motivos irrelevantes «clásicos» (raza, color, sexo, etc.), será inadmisibles como criterio de diferenciación en el trabajo «cualquier otra distinción exclusión o preferencia», que tenga por efecto la anulación o alteración de la igualdad de trato. De esta manera, las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos, lo que no aconteció en este caso, ya que la accionada no acreditó significativamente cuáles habían sido los motivos para la diferencia de trato retributivo hacia el demandante.

Por consiguiente, erró el Juez de primera instancia en la valoración de la pretensión nivelación salarial, máxime que luego de su estudio, hizo énfasis no en los aludidos principios señalados por la Corte, el mencionado convenio

111 de la OIT y la legislación nacional, sino en que las «*políticas remunerativas*» del banco eran «*previamente conocidas por el demandante desde su vinculación a la empresa*» y «*de ninguna manera discriminatorias porque cobijan a la generalidad de los trabajadores de la empresa*», criterios éstos que lejos de comportar el apego a dichos principios y normas, no justifican *per se* el trato diferente remuneratorio dado al demandante en las condiciones descritas.

Consecuencialmente, se **REVOCARÁ parcialmente** la decisión del Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, que puso fin a la primera instancia, con la sentencia de fecha 16 de mayo de 2008, y la complementaria de 24 de julio del mismo año, en cuanto no condenó al reconocimiento de la nivelación salarial como pretensión subsidiaria y sus pretensiones consecuenciales.

En su lugar, se **CONDENARÁ** a la demandada a la pretensión subsidiaria de la demanda, del reconocimiento y pago de la **nivelación salarial**, desde el 21 de noviembre de 2003 hasta el 31 de agosto de 2006, y el consecuente pago de los reajustes salariales, de la prima de antigüedad e indemnización por despido (indexada), con base en un **salario integral**, que incluye el factor prestacional correspondiente puesto desempeñado por el trabajador comparado, por valor mensual de \$8.353.000,00, certificado por la entidad demandada, sin que se haya invocado uno superior.

Así mismo, se declarará **parcialmente probada** la excepción de prescripción, de los reajustes salariales exigibles antes del 21 de noviembre de 2003, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, conforme a lo dispuesto en los art. 488 del CST y 151 del CPT y SS. Las demás excepciones quedaron implícitamente resueltas.

Realizadas las operaciones matemáticas pertinentes, la entidad demandada deberá reconocer y pagar al demandante las siguientes sumas dinerarias, derivadas de los reajustes ordenados:

1.- DIFERENCIAS SALARIALES = \$ 46.893.346,67

FECHAS		SALARIO DEVENGADO	SALARIO RECONOCIDO	DIFERENCIA SALARIAL	N° DE MESES	VALOR
DESDE	HASTA					
22/11/2003	31/12/2003	\$ 6.253.000,00	\$ 8.353.000,00	\$ 2.100.000,00	1,30	\$ 2.730.000,00
01/01/2004	31/12/2004	\$ 6.658.819,70	\$ 8.353.000,00	\$ 1.694.180,30	12	\$ 20.330.163,60
01/01/2005	31/12/2005	\$ 7.025.054,78	\$ 8.353.000,00	\$ 1.327.945,22	12	\$ 15.935.342,60
01/01/2006	31/08/2006	\$ 7.365.769,94	\$ 8.353.000,00	\$ 987.230,06	8	\$ 7.897.840,48

2.- RELIQUIDACION PRIMA DE ANTIGÜEDAD = \$ 2.732.433,39

3.- RELIQUIDACION INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA = \$ 9.817.454,48

FECHAS		AÑOS	DÍAS A INDEMNIZAR	DIFERENCIA SALARIAL
DESDE	HASTA			
01/04/1992	31/03/1993	1	30	\$ 987.230,06
01/04/1993	31/03/1994	1	20	
01/04/1994	31/03/1995	1	20	
01/04/1995	31/03/1996	1	20	
01/04/1996	31/03/1997	1	20	
01/04/1997	31/03/1998	1	20	
01/04/1998	31/03/1999	1	20	
01/04/1999	31/03/2000	1	20	
01/04/2000	31/03/2001	1	20	
01/04/2001	31/03/2002	1	20	
01/04/2002	31/03/2003	1	20	
01/04/2003	31/03/2004	1	20	
01/04/2004	31/03/2005	1	20	
01/04/2005	31/03/2006	1	20	
01/04/2006	31/08/2006	0,42	8	
TOTAL DÍAS			298	

4.- INDEXACION RELIQUIDACION INDEMNIZACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA = \$ 3.410.368,32

GRAN TOTAL \$ 62.853.602,87

Por estos conceptos derivados de la reliquidación salarial, la entidad bancaria demandada deberá reconocer y pagar al demandante la suma de sesenta y dos millones

ochocientos cincuenta y tres mil seiscientos dos pesos con ochenta y siete centavos (\$62.853.602,87).

Indemnización moratoria

En cuanto a la súplica de indemnización por mora del art. 65 del CST, la Corte la encuentra procedente, ya que la entidad demandada como empleadora, ascendió al demandante a un nuevo cargo, manteniendo, sin razones válidas, una diferencia salarial injustificada frente a quien desempeñó el mismo puesto, y así continuó haciéndolo por varios años. Esta conducta no encuadra en el postulado de la *buena fe*, deber legal de las partes del contrato laboral, en voces del art. 55 del CST. Por el contrario, lo que evidencia es la mala fe de la accionada al no pagar el salario que correspondía al demandante conforme al cargo desempeñado y su trabajo en iguales condiciones.

En efecto, lo argumentado por la demandada al contestar la demanda inicial, en cuanto a que «*se le informó que pasaba con el mismo salario que venía percibiendo, lo cual no fue glosado por este y aceptó las razones en que se le hizo el nombramiento*» y que «*[e]l actor dentro de los tres años siguientes al nombramiento citado en el punto anterior no reclamó diferencia salarial alguna...*», no se compadecen con lo también alegado por la empresa de que en el banco se tiene implementada una política salarial según el desempeño de la persona y no del cargo, que es la verdadera razón para haber negado la nivelación y no haber reconocido el salario superior que legalmente le correspondía al demandante, pese a su ascenso.

Así las cosas, el hecho de que el trabajador no haya reclamado su derecho antes, aceptando el nombramiento en las condiciones fijadas por el empleador –condiciones que, por lo analizado, vulneran el derecho a la igualdad y no discriminación del trabajador, por lo que no pueden ser objeto de acuerdo-, no es razón que justifique el proceder de la entidad, que se ubica, por tanto, en el terreno de la mala fe.

Otro de los argumentos que explicaría en términos de la respuesta dada a la demanda por parte de la entidad bancaria, para no haber reconocido al actor el mismo salario devengado por el trabajador con quien se le compara, obedece a la política implementada en la entidad en cuanto a los *«factores que valora el Banco para fijar la remuneración de un trabajador»*. Ellos son: la actitud ante el cambio, el autodesarrollo, eficiencia, implicación o compromiso, iniciativa, potencial, relaciones interpersonales, servicio al cliente y dirección de personas, factores de los que se deriva la ubicación del trabajador en la *«banda salarial»*, de la que dependen los aumentos de salario, *«según el resultado que obtenga en la calificación anual que se le hace»*. Pero la demandada no acreditó que hubiese efectuado tal calificación y que ésta fuera inferior a la del señor Luis Leonardo Londoño. Lo que indica que en verdad no tuvo sustento válido la diferencia en el trato salarial, lo que deja sin piso la buena fe de la demandada.

Sobre el tema de la *buena fe* en el comportamiento exigido durante el contrato laboral, conviene rememorar lo

que adoctrinó esta Sala en sentencia CSJ, SL, 19 marzo. 2014, Rad. 41775, citando a su vez, la SL, 16 marzo. 2005, Rad. 23987, en la que se dijo:

La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud" (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223), como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958.

*Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, es la creencia razonable de no deber, **pero no es una creencia cualquiera** sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o calificada, debe entenderse, con todo, que es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.*

(Destaca la Sala)

Doctrina que ha sido reiterada, entre otras sentencias, en la de 8 de marzo de 2012, Rad. 39186, donde se dijo, en lo pertinente al caso:

*Entonces, la buena o mala fe del empleador (...) fluye, en estricto rigor, de otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado, vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción. Expresado en palabras diferentes: **la dicha creencia no significa necesaria e inexorablemente la dispensa de la sanción moratoria, porque la empleadora puede cometer actos que demuestren que su actuación laboral, al no cumplir sus obligaciones, no estuvo acompañada de razones atendibles, configurativas de buena fe.***

(Destaca la Sala)

Por lo indicado, la entidad demandada deberá pagar al demandante a título de indemnización por mora, una suma igual al último salario diario (reajustado según la presente sentencia) por cada día de retardo, desde el 31 de agosto de 2008, hasta por veinticuatro (24) meses y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando el pago se verifique.

Realizadas las operaciones matemáticas pertinentes, la entidad demandada deberá reconocer y pagar al demandante las siguientes sumas dinerarias por indemnización por mora:

INDEMNIZACION MORATORIA

FECHAS		
DESDE	HASTA	Nº DE MESES
31/08/2006	31/08/2008	24

= \$ 200.472.000,00

INTERESES DE MORA

FECHAS		Nº DE MESES	CAPITAL
DESDE	HASTA		
01/09/2008	30/11/2014	75	\$ 49.625.780,06

= \$ 79.186.628,88

Es decir, por este concepto la entidad bancaria demandada deberá reconocer y pagar al demandante la suma de doscientos setenta y nueve millones, seiscientos cincuenta y ocho mil seiscientos veintiocho pesos con ochenta y ocho centavos (\$**279.658.628,88**).

A partir de la fecha de esta providencia, el empleador deberá continuar pagando al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación

certificados por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando el pago se verifique.

Costas

No hay lugar a costas por el recurso extraordinario. Las de primera instancia se imponen a la parte demandada. En segunda instancia, no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CASA** la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del 30 de octubre de 2009, en cuanto condenó al reintegro y pagos consecuenciales, a favor del señor **HUMBERTO HERRERA FORERO**, demandante en proceso laboral seguido al **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA COLOMBIA**.

En sede de instancia, la Corte profiere la siguiente sentencia:

PRIMERO. REVOCAR parcialmente la sentencia absolutoria de primer grado emitida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de mayo de 2008, y la complementaria de 24 de julio del mismo año, frente a la absolución impartida a la pretensión subsidiaria de la demanda, correspondiente a la nivelación salarial. En

su lugar, **CONDENAR** al **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA COLOMBIA**, al reconocimiento y pago al demandante **HUMBERTO HERRERA FORERO**, de los reajustes salariales, prima de antigüedad e indemnización por despido (indexada), en relación con la categoría del cargo de «*Responsable Departamento nivel III*» reconocidos y pagados al trabajador Luis Leonardo Londoño, a partir del 3 de septiembre de 2003 hasta cuando el demandante desempeñó dicho cargo - el 31 de agosto de 2006-, en los términos y valores concretos indicados en la parte motiva de esta providencia, por la suma total de sesenta y dos millones ochocientos cincuenta y tres mil seiscientos dos pesos con ochenta y siete centavos (\$**62.853.602,87**).

SEGUNDO. DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, de los reajustes salariales causados y no reclamados antes del **21 de noviembre de 2003**. Las demás excepciones quedaron implícitamente resueltas.

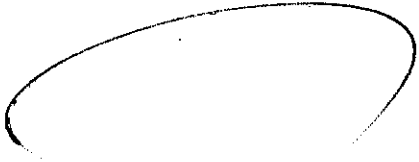
TERCERO. CONDENAR al **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA COLOMBIA**, al reconocimiento y pago al demandante **HUMBERTO HERRERA FORERO**, por concepto de indemnización moratoria, la suma de doscientos setenta y nueve millones, seiscientos cincuenta y ocho mil seiscientos veintiocho pesos con ochenta y ocho centavos (\$**279.658.628,88**).

A partir de la fecha de esta providencia, la entidad bancaria deberá continuar pagando al demandante intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando el pago se verifique.

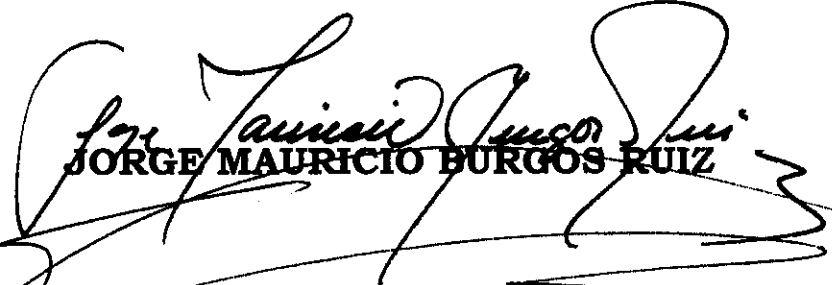
CUARTO. CONFIRMAR la sentencia absolutoria de primer grado en cuanto a las demás súplicas que no fueron objeto de condena, en particular, el reintegro, los reajustes salariales deprecados por auxilio de vivienda y prima de vacaciones.

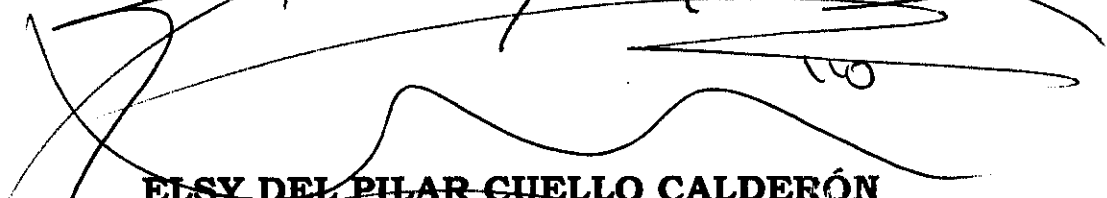
Costas como se indicó en la parte motiva.

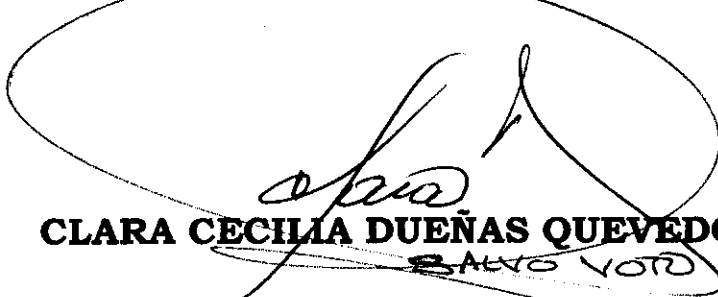
Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

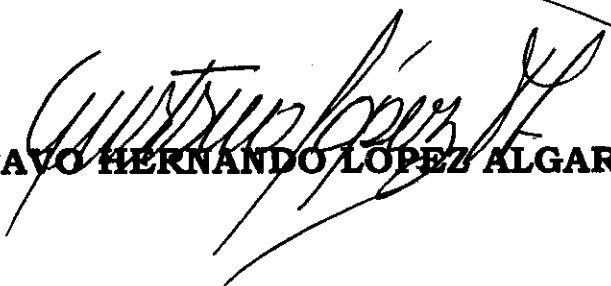

W's.
RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente de Sala


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ


ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN


CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SALVO VOTO


GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

No firma por ausencia justificada

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS


CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

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

SALVAMENTO DE VOTO

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Magistrado Ponente

Radicación n° 44317

Acta n° 44

Humberto Herrera Forero Vs. BBVA Colombia.

No comparto la decisión de la Sala en cuanto casó la sentencia recurrida que había ordenado el reintegro del señor Humberto Herrera Forero, pues en mi sentir y contrario a lo concluido por la mayoría de la Sala, la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1972, vigente para el 31 de agosto de 2006, fecha en que fue despedido el demandante, de manera unívoca consagra la acción de reintegro, tal y como en seguida procedo a explicar.

En efecto, la cláusula 14 convencional, que se reproduce en la decisión de la cual me aparto, textualmente dice lo siguiente:

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:

ARTÍCULO 14°. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del Banco, en los

contratos a término indefinido la indemnización de que trata el Artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

a) 60 días de salario mensual cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un año.

b) 20 días de salario básico mensual si el trabajador tuviere más de un año de servicio continuo y menos de 5, además de los 60 días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguiente y proporcional por fracción.

c) Si el trabajador tuviere 5 años o más de servicio y menos de 10, se le pagarán 25 días adicionales del salario sobre los 60 básicos del literal a), por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

*d) Si el trabajador tuviere 10 años o más de servicio continuos se le pagará 35 días adicionales de salario sobre los 60 días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguiente al primero y proporcional por fracción. **Todo lo anterior sin perjuicio a lo dispuesto en el numeral 5° del Artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, en cuyo caso, si el juez opta por la indemnización, esta se ajustará a lo acordado en el literal d) de la presente cláusula** (se resalta).*

Una lectura objetiva de la cláusula transcrita enseña sin equívoco alguno, que la intención de las partes contratantes –sindicato y empleador- consistió en aumentar la tabla indemnizatoria prevista en el art. 64 del C.S.T., modificado por el art. 8° del D.2351/1965, en tanto los días de indemnización señalados en dicha norma legal, según el tiempo de servicio, fueron real y efectivamente incrementados en el precepto convencional. Así lo reflejan los literales a), b), c) y primer aparte del literal d).

Pero las partes contratantes no se conformaron con incrementar la tabla indemnizatoria. También y de manera

autónoma y unívoca consagraron la acción de reintegro y así lo dejaron plasmado en la segunda parte del literal d) del texto convencional que en su tenor literal enseña: **«Todo lo anterior sin perjuicio a lo dispuesto en el numeral 5° del Artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, en cuyo caso, si el juez opta por la indemnización, esta se ajustará a lo acordado en el literal d) de la presente cláusula»** (se resalta)

Esa redacción, en mi opinión, no deja espacio para entender que no se pactó la posibilidad de que los trabajadores, en dado caso, iniciaran la acción de reintegro prevista en el texto legal que allí fue incorporado -num. 5° del art. 8° del D. 2351/1965- tanto así que inequívocamente dejaron contemplado que será el juez quien opte por el reintegro o por la indemnización, sólo que si se inclina por ésta, la misma se ajustará a lo previsto en el primer aparte del literal d).

Y es que si las partes hubiesen querido aumentar únicamente la tabla indemnizatoria, como lo concluye la Sala en la sentencia que *in extenso* se cita, en lo absoluto se hubiesen referido a la preceptiva legal que consagra la acción de reintegro y que fue incorporada a la norma convencional, mucho menos le hubiesen dejado la opción al Juez para inclinarse por la indemnización o por el reintegro, mas como de esto no hay la más mínima discusión, pues así quedó plasmado expresamente en ella, fácil es concluir que también y de manera autónoma se pactó la acción de reintegro.

Entonces, se repite, de la manera como quedó redactada la disposición convencional, emerge con absoluta claridad que lo pretendido y conseguido a través de la negociación colectiva, no sólo fue mejorar la tabla indemnizatoria legalmente prevista para los despidos sin justa causa, sino también consagrar el reintegro para todos los trabajadores que llevasen más de 10 años de servicios a la demandada, sin importar que estos se cumplan o no con anterioridad a la vigencia de la L. 50/1990., toda vez que al haberse consagrado autónomamente la acción de reintegro prevista en el núm. 5° del art. 8° del D. 2351/1965, dicha acción continua vigente no por virtud de la norma legal derogada, sino porque la misma fue incorporada en la cláusula 14 convencional, y es por ello que seguirá surtiendo plenos efectos hasta tanto no sea modificada por las mismas partes contratantes -sindicato y empleador-, de lo cual no hay noticia en el expediente, o por lo menos así no fue demostrado.

Al ser lo anterior tan claro, queda sin piso también el argumento que emplea la mayoría de la Sala referido a que el Tribunal dejó de aplicar el art. 14 de la L. 153/1887, toda vez que en el caso de autos, se itera, no se trata de revivir una norma que fue derogada -núm. 5° del art. 8° del D. 2351/1965- sino de aplicar una norma convencional a través de la cual las partes contratantes -sindicato y empleador- decidieron mantener vigente la acción de reintegro prevista en la norma legal que fue derogada, lo cual es perfectamente viable, tal y como lo ha recordado en múltiples oportunidades esta Sala de la Corte, baste para

ello citar la sentencia SL 634- 2013, que a su vez recuerda la sentencia CSJ SL, 22 nov. 2000, rad, 14489, cuando al efecto se adoctrinó:

(...) sirve recordar que una norma convencional no pierde vigencia, o no le es afectado su contenido, por el solo hecho de que la ley que también consagra o regula un derecho semejante sea modificada o derogada por el legislador, así, en el texto del acuerdo colectivo se haya hecho expresa referencia al texto legal objeto de reforma, dado que lo acordado en la convención tiene fuerza normativa y vinculante de forma propia y autónoma, por ser resultado del ejercicio del derecho a la negociación colectiva contenido en el artículo 55 de la Constitución en concordancia con el Convenio 98 de la OIT. Así se desprende de lo asentado por la jurisprudencia de esta Sala de tiempo atrás, un ejemplo es la sentencia con Radicado No. 30077 de 2009:

“Por último, nada de exótico resulta que en una convención colectiva de trabajo se disponga la aplicación de un mandato legal así haya perdido vigencia. Es perfectamente jurídica y válida una disposición convencional así concebida. Esa ha sido la orientación de esta Sala, vertida en sentencia del 22 de noviembre de 2000 (Rad. 14.489), en la que se dijo:

‘(.....) Es sabido que el objeto de las convenciones colectivas es regular las condiciones de trabajo dentro de la empresa durante su vigencia, generalmente persiguiendo superar el mínimo de los derechos instituidos para los trabajadores en la ley, por lo que mientras los susodichos convenios estén en vigor, un cambio legislativo no conduce por sí solo a que dejen de aplicarse tales acuerdos con el pretexto de que la mutación legislativa también reguló un tema acordado en la respectiva estipulación convencional. Consecuente con lo anterior, pueden las partes modificar por sí mismas los términos de una disposición convencional, cualquiera que sea la alteración, con la condición de que no afecte derechos mínimos de los trabajadores o el principio de favorabilidad, e incluso también le es dable al legislador regular expresamente materias que modifiquen hacia el futuro prerrogativas convencionales. Empero si después del aludido cambio legislativo las propias partes mediante un nuevo acuerdo colectivo insisten en acordar un beneficio extralegal invocando o remitiéndose a un precepto legal derogado, y si con ello no infringen principios de orden público, no puede decirse que ello conlleve automáticamente la desaparición del mundo jurídico del beneficio convencional.

Todo lo anterior es más relevante en el caso presente, dado que como con pleno acierto lo asentó el sentenciador, si precisamente en la convención colectiva

vigente por la época de los hechos, suscrita ya en vigencia de la Ley 50 de 1990, las partes memoraron nuevamente el numeral quinto del artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, a pesar de haber quedado éste sin vigencia para algunos trabajadores, fue porque se conservó la posibilidad de reintegro para el personal ubicado en el campo de aplicación de la convención, que sea despedido sin justa causa después de ocho años de servicios, puesto que como lo expresó esta Corporación en proveído del 7 de abril de 1995 (rad. 7243) ‘no puede el juez en estas materias apartarse de lo literal de las palabras para imponerle a las partes obligaciones que van más allá del texto del convenio normativo, salvo que claramente aparezca que la intención de quienes celebraron la convención colectiva fue diferente’” (se subraya).

Línea jurisprudencia que para el caso en particular de la tantas veces citada cláusula 14 convencional, se venía aplicando sin reserva alguna; de ello da cuenta la CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 31089, que reitera la CSJ SL, 22 ene. 2008, rad. 30134 que a su vez recordó lo dicho en la CSJ SL, 2 nov. 2006, rad. 27459 –esta última citada por el Tribunal– en la que al efecto se dijo:

2º) Tiene adoctrinado esta Sala de la Corte que si en un acuerdo colectivo de trabajo los protagonistas sociales (trabajadores y empleadores), en ejercicio de su autonomía, pactan algún derecho remitiéndose a lo estatuido en la ley, la circunstancia que ulteriormente ésta sea derogada o modificada, no conlleva necesariamente a que el beneficio de estirpe convencional igualmente pierda sus efectos, si, desde luego, las partes que lo suscribieron no se manifiestan expresamente al respecto.

Precisamente en torno al tema planteado por la censura, recientemente la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en un proceso seguido contra la hoy recurrente, Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, mediante sentencia de 2 de noviembre de 2006, radicado 27459, en los siguientes términos:

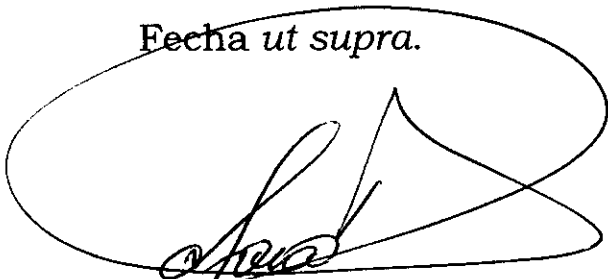
“Sin embargo, en asuntos jurídicos como éste, en el que en una cláusula convencional se consagra un derecho haciendo remisión a una norma legal que posteriormente es modificada o derogada, ha señalado esta Sala de la Corte que si las partes, conociendo la

modificación legal, no hacen expresa mención a esa circunstancia, puede entenderse que es su voluntad mantener el beneficio en los términos originalmente consagrados en la convención colectiva de trabajo, esto es, en la forma como se establece en la norma legal a la que se hace expresa remisión, antes de ser modificada". (se resalta).

En síntesis, en mi criterio, la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1972, vigente para el 31 de agosto de 2006, fecha en que fue despedido el señor Herrera Forero, de manera unívoca consagra la acción de reintegro.

En los anteriores términos, dejo consignadas las razones que me llevan a salvar mi voto.

Fecha ut supra.



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada