El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Salvamento de voto - Sentencia del 06 de febrero de 2017

Radicación No.: 66170-31-05-003-2014-00584-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: JAIR ORLANDO MONSALVE MUÑOZ

Demandado: HOTEL PEREIRA S.A.

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrada que salva voto: ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN

**Tema:**

**OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE UTILIZAR LA DEBIDA DILIGENCIA EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS:** [la] Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del 16 de noviembre de 2009 “Caso Campo Algodonero VS. México” -*cuya jurisprudencia vincula al Estado Colombiano-* estableció que **los y las juzgadoras no pueden pasar inadvertido las CONDICIONES MATERIALES de las partes ni menos el que corresponde a la parte débil de la relación.** De igual manera ha dicho ese tribunal internacional que la obligación del poder judicial es GARANTIZAR los derechos humanos para cuyo objetivo no es suficiente cumplir con lo que dice la ley sino hacer todo lo posible para que se haga efectivo el goce de los derechos humanos; obligación que se conoce en los estándares internacionales como **LA DEBIDA DILIGENCIA.** Cabe recordar que en esa sentencia y en la Sentencia “Caso Las Palmeras VS. Colombia” (6 de diciembre de 2001), la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a los Estados de México y Colombia por falta de recurso judicial, o mejor, por falta o insuficiencia de la **debida diligencia** por parte de los jueces que tuvieron a su cargo el asunto.

(…) Pues, bien, con respecto a las condiciones materiales del demandante, hay que decir que es una persona de escasos recursos económicos, con baja escolaridad (3º de primaria) quien fue contratado por el empleador para desempeñar labores relacionadas con la cocina en el cargo de jefe de partida (COCINERO SEGUNDO), labor históricamente discriminada y mal remunerada en la sociedad colombiana, circunstancias todas que lo ubican dentro de las denominadas categorías sospechosas de discriminación establecidas en el artículo 13 de la Carta Política, razón por la cual **en la resolución de su caso no podía emplearse el derecho a la igualdad formal sino el principio de igualdad material**. **No hacerlo viola su derecho a la igualdad y no discriminación protegido constitucionalmente y en los instrumentos internacionales.**

**LAS FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA ESTÁN CONSAGRADAS A FAVOR DEL TRABAJADOR Y POR LO TANTO HACEN PARTE DEL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO A LA DEFENSA, EL DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA:** Ahora, si bien se ha dicho jurisprudencialmente que dicha facultad es discrecional, es decir, que el juez puede hacer uso o no de ella, **dicha discrecionalidad no es absoluta sino relativa**, por las siguientes razones: *i)* No reconocer un hecho que fue probado y discutido en el proceso so pretexto de la discrecionalidad, viola el principio constitucional de la primacía de la realidad (art. 53 y 228 de la Carta Política) y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, pues la labor principal de los jueces dentro de un Estado social del Derecho es garantizar derechos humanos, objetivo que se cumple cuando se hace prevalecer la verdad real sobre la meramente formal. *ii)* Los principios de igualdad material y la cláusula de no discriminación, son un imperativo constitucional por cuenta de los artículos 13 y 93 ibídem, es decir, NO ES DISCRECIONAL garantizar los derechos humanos de las personas que están en condiciones de vulnerabilidad sino una obligación constitucional. Luego entonces, si dentro de un proceso se prueba un hecho no alegado por una persona que hace parte de la cláusula de no discriminación, es una OBLIGACIÓN declararlo en uso de las facultades ultra y extra petita, porque de no hacerlo se viola el derecho a la igualdad material del trabajador, y por el contrario, se perpetua en la decisión judicial la discriminación de que es víctima. En otras palabras, frente a un trabajador que hace parte de la cláusula de no discriminación (como el actor según se evidenció líneas atrás), la aplicación de la facultad ultra y extra petita del juez laboral de primera instancia no es discrecional sino OBLIGATORIA.

Siguiendo ese hilo conductor, podemos concluir que **la falta de aplicación de la facultad ultra y extra petita cuando había lugar a ello por haberse probado un hecho no alegado en la demanda, LEGITIMA al trabajador para apelar la sentencia en ese punto.**

**DE LA AUTONOMÍA DEL EMPLEADOR PARA DAR POR TERMINADO UN CONTRATO A TÉRMINO FIJO POR VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PACTADO:**

[l]as Sentencias C-588 de 1995 y C-016 de 1998, cuando analizaron la constitucionalidad del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo *–contratos a término fijo-*, determinaron que el sólo vencimiento del plazo inicialmente pactado, producto del acuerdo de voluntades, no bastaba para legitimar la decisión del patrono de no renovar el contrato, porque sólo así se garantizaría, por un lado, la efectividad del principio de estabilidad, en cuanto "expectativa cierta y fundada" del trabajador de mantener su empleo, si de su parte ha observado las condiciones fijadas por el contrato y la ley, y de otro, la realización del principio que señala la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

# SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad parcial frente a la sentencia mayoritaria, por cuanto considero que en el presente caso había lugar declarar que el despido fue injusto y en consecuencia devenía la respectiva condena indemnizatoria en contra de la parte demandada, por las siguientes razones:

1. **OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE UTILIZAR LA DEBIDA DILIGENCIA EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS/ Jurisprudencia y normativa internacional y nacional aplicable al caso:**

Como prolegómeno a la disertación que sustentará los fundamentos de mi disidencia parcial, quiero hacer hincapié en la normatividad y la jurisprudencia internacional y nacional aplicable a este caso: Empecemos por decir que tratándose de un contrato de trabajo, la parte débil de la relación es el trabajador y por ello se activa en su favor los derechos y principios mínimos consagrados en instrumentos internacionales y en nuestra Carta Política. En ese sentido, el artículo 1º del Pacto de San José de Costa Rica estableced que los Estados Partes *“se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,* ***sin discriminación alguna*** *por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del 16 de noviembre de 2009 “Caso Campo Algodonero VS. México” -*cuya jurisprudencia vincula al Estado Colombiano-* estableció que **los y las juzgadoras no pueden pasar inadvertido las CONDICIONES MATERIALES de las partes ni menos el que corresponde a la parte débil de la relación.** De igual manera ha dicho ese tribunal internacional que la obligación del poder judicial es GARANTIZAR los derechos humanos para cuyo objetivo no es suficiente cumplir con lo que dice la ley sino hacer todo lo posible para que se haga efectivo el goce de los derechos humanos; obligación que se conoce en los estándares internacionales como **LA DEBIDA DILIGENCIA.** Cabe recordar que en esa sentencia y en la Sentencia Las Palmeras VS. Colombia (6 de diciembre de 2001), la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a los Estados de México y Colombia por falta de recurso judicial, o mejor, por falta o insuficiencia de la **debida diligencia** por parte de los jueces que tuvieron a su cargo el asunto.

Como quiera que el presente caso encierra derechos fundamentales y principios constitucionales (primacía de la realidad, derecho al trabajo, estabilidad laboral, mínimo vital, acceso a la administración de justicia, derecho a la igualdad y a la no discriminación, derecho de defensa, derecho a la segunda instancia, debido proceso, etc.) había una clara obligación para quienes conocemos el asunto en primera y segunda instancia, en aplicar la **debida diligencia** en su resolución, lo que de suyo implicaba, por una parte tener en cuenta las condiciones materiales del demandante y por otra, activar en su favor acciones afirmativa en caso de evidenciar que aquel hacía parte de la cláusula de no discriminación y/o que fue objeto de un trato diferenciado por parte de su empleador.

Pues, bien, con respecto a las condiciones materiales del demandante, hay que decir que es una persona de escasos recursos económicos, con baja escolaridad (3º de primaria) quien fue contratado por el empleador para desempeñar labores relacionadas con la cocina en el cargo de jefe de partida (COCINERO SEGUNDO), labor históricamente discriminada y mal remunerada en la sociedad colombiana, circunstancias todas que lo ubican dentro de las denominadas categorías sospechosas de discriminación establecidas en el artículo 13 de la Carta Política, razón por la cual **en la resolución de su caso no podía emplearse el derecho a la igualdad formal sino el principio de igualdad material**. **No hacerlo viola su derecho a la igualdad y no discriminación protegido constitucionalmente y en los instrumentos internacionales.**

En la otra orilla, está el Hotel Pereira, hoy Hotel Movich, reconocido como uno de los mejores hoteles de esta ciudad durante toda su trayectoria que ya a la fecha supera más de 20 años de experiencia. Sobra decir, que esa posición social y económica la pone en una posición de poder frente a sus trabajadores, especialmente frente a aquellos que realizan labores domésticas, como las ejercidas por el demandante. También vale la pena recordar que en este proceso dicha entidad escondió información fundamental para el proceso, lo que motivó a que se compulsaran copias ante la Fiscalía General de la Nación en contra de su representante legal por la posible comisión de los delitos de Fraude Procesal y Falso testimonio. Ese hecho deja en evidencia que prevalido de su posición dominante, el hotel pretendió esconder pruebas esenciales para liberarse del pago de algunas de las pretensiones de la demanda, lo que de suyo demuestra un trato discriminatorio injustificado en contra del demandante.

**Bajo ese contexto fáctico, emerge nítida la obligación constitucional para la primera y la segunda instancia de adoptar medidas afirmativas tendientes a superar la relación asimétrica de poder visible entre el trabajador demandante y la entidad demandada, como por ejemplo la de flexibilizar las normas procesales y las reglas probatorias a favor del actor.**

1. **Las facultades ultra y extra petita están consagradas a favor del trabajador y por lo tanto hacen parte del núcleo esencial del derecho a la defensa, el debido proceso y derecho a la doble instancia:**

Al analizar el punto de la apelación relativa al despido injusto, la Sentencia mayoritaria sugiere que no existe congruencia entre lo pedido en la demanda y los fundamentos de la apelación, toda vez que en el libelo demandatorio se solicita la suma de $6.352.000 por concepto de indemnización por despido injusto equivalente a los 8 meses de tiempo que faltaba para la terminación del contrato de trabajo, petitum que parte de la tesis de que la relación que ató a las partes era un contrato a término fijo. En cambio, en la apelación se plantea la tesis de que se dio un cambió de modalidad contractual mudándose de contrato a término fijo a uno a término indefinido por cuanto en el contrato inicial pactado a 4 meses, se estipuló en la cláusula novena que cualquier modificación debe condensarse y consensuarse por escrito, cosa que se hizo en dos ocasiones cuando se prorrogó el contrato por igual número de veces, guardándose silencio a partir de la tercera prórroga. En sentir de la apoderada del trabajador, ese silencio de las partes debe entenderse como la mutación a un contrato a término indefinido.

De cara a esa fundamentación, la Sala mayoritaria RECHAZÓ la apelación bajo el argumento de que *“se propuso hechos nuevos e irrebatibles en el proceso, que ni siquiera fueron esbozados por la a-quo en su decisión y de los cuales, obviamente, la parte contraria no pudo defenderse. Por lo tanto* –concluyó- *es inadmisible en esta instancia, que se proponga una discusión, completamente diferente a la planteada desde los albores del proceso, por lo que, serían inadmisibles.”*

En otras palabras, aplicó a raja tabla el **principio de consonancia**, en virtud del cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda (artículo 66ª del C. P.L), principio que además se extiende a la apelación, olvidando que dicho precepto en materia laboral tiene dos excepciones: *i)* los derechos mínimos irrenunciables del trabajador (Sentencia C-968 de 2003 y C-70 de 2010), que incluso deben reconocerse en segunda instancia así no se haya apelado ese punto; y, *ii)* las facultades ultra y extra petita del juez de única y primera instancia.

Con respecto a las facultades ultra y extra petita, la Corte Constitucional en Sentencia del C-662 de 1998 expresó que *“la referida facultad en sus distintas acepciones presenta, para los jueces laborales de primera instancia, la posibilidad de que* *“...desborden lo pedido en la demanda, a condición de que* *“los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados”.”*[[1]](#footnote-1)*,* *toda vez que las facultades extra o ultra petita en el juicio laboral “... han sido reconocidas por la jurisprudencia como una atenuación de aquel rigor para las sentencias de los jueces del trabajo, explicable en todo caso por la naturaleza del derecho laboral y el interés social implícito en él.”*.[[2]](#footnote-2)

En otras palabras, la jueza o el juez laboral de única o primera instancia no está atado ni a los hechos ni a las pretensiones de la demanda pues si durante el transcurso del proceso se prueban hechos que no fueron alegados en la demanda, puede válidamente declararlos con las consecuentes condenas si a ello hubiere lugar, con fundamento en las facultades ultra y extra petita.

Luego entonces, si de las pruebas practicadas y/o aportadas al proceso emerge un hecho nuevo que no fue declarado por el juez de primer grado, puede válidamente ser objeto de apelación, como sucedió en este caso. Es que **la facultad ultra y extra petita no se instituyó a favor de la administración de justicia ni del empleador sino del trabajador y por lo tanto hace parte del núcleo esencial del derecho de defensa de la parte débil de la relación laboral *–el trabajador-***. Lo anterior por cuanto no tendría ningún sentido que el legislador arropara de facultades extra y ultra petita a los jueces laborales si a su vez el beneficiario de esa prerrogativa no pudiera reclamarla.

Ahora, si bien se ha dicho jurisprudencialmente que dicha facultad es discrecional, es decir, que el juez puede hacer uso o no de ella, **dicha discrecionalidad no es absoluta sino relativa**, por las siguientes razones: *i)* No reconocer un hecho que fue probado y discutido en el proceso so pretexto de la discrecionalidad, viola el principio constitucional de la primacía de la realidad (art. 53 y 228 de la Carta Política) y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, pues la labor principal de los jueces dentro de un Estado social del Derecho es garantizar derechos humanos, objetivo que se cumple cuando se hace prevalecer la verdad real sobre la meramente formal. *ii)* Los principios de igualdad material y la cláusula de no discriminación, son un imperativo constitucional por cuenta de los artículos 13 y 93 ibídem, es decir, NO ES DISCRECIONAL garantizar los derechos humanos de las personas que están en condiciones de vulnerabilidad sino una obligación constitucional. Luego entonces, si dentro de un proceso se prueba un hecho no alegado por una persona que hace parte de la cláusula de no discriminación, es una OBLIGACIÓN declararlo en uso de las facultades ultra y extra petita, porque de no hacerlo se viola el derecho a la igualdad material del trabajador, y por el contrario, se perpetua en la decisión judicial la discriminación de que es víctima. En otras palabras, frente a un trabajador que hace parte de la cláusula de no discriminación (como el actor según se evidenció líneas atrás), la aplicación de la facultad ultra y extra petita del juez laboral de primera instancia no es discrecional sino OBLIGATORIA.

Siguiendo ese hilo conductor, podemos concluir que **la falta de aplicación de la facultad ultra y extra petita cuando había lugar a ello por haberse probado un hecho no alegado en la demanda, LEGITIMA al trabajador para apelar la sentencia en ese punto.**

En el presente caso quedó probado en el expediente que las partes suscribieron un contrato a término fijo de 4 meses (folio 11 a 13)), en cuya cláusula novena se estipuló que *“Las modificaciones, adiciones, aclaraciones, etc. de este Contrato, se harán siempre por escrito y en comunicación escrita aceptada por las partes, asimismo (sic), declaran expresamente que dejan sin efecto alguno cualquier otro Contrato de Trabajo, verbal o escrito, anterior a éste, pues el que se estipula en las Cláusulas del presente Contrato constituye el acuerdo total y único que regula la relación laboral entre el Patrono y el Trabajador”.* (Subraya fuera de texto). También quedó probado que, honrando el compromiso pactado en la cláusula novena, todas las modificaciones del contrato se hicieron por escrito (a la sazón 8), incluidas las 2 primeras prórrogas del contrato, por lo menos durante 7 años (del 2000 al 2007), tal como consta en las adendas que se hicieron por escrito al contrato. A partir del año 2008 se guardó silencio tanto respecto a las prórrogas como al monto del salario en especie.

Luego entonces, **la apoderada de la parte demandante no alegó un hecho nuevo sino uno que quedó probado en el proceso**, del cual no era inverosímil interpretar que por ese modus operandi de las partes (empleador – trabajador) durante casi el 70% de la duración de la relación laboral, creó en la conciencia del trabajador, que si el contrato a término fijo que suscribió no se volvió a prorrogar por escrito, como había sucedido en otras ocasiones, ello significaba que el contrato mutó a un contrato a término indefinido. Otra cosa es que se acepte o no esa interpretación, pero no podía rechazarse la apelación del trabajador bajo la premisa de que era un hecho nuevo, porque, como acabo de demostrar, el contrato escrito siempre estuvo en el proceso. En ese sentido, tampoco puede afirmarse que la apelación sorprende al empleador, porque el contrato a término fijo se suscribió por el propio Hotel en esos términos, es decir, ninguna sorpresa puede causar un hecho que es ampliamente conocido por la contraparte, no solo porque intervino en la creación y ejecución del mismo, sino porque se aportó al proceso y ningún reproche le mereció.

Con todo, la Sala mayoritaria cuestiona el argumento en torno al cambio de modalidad contractual arguyendo que en materia de la prórroga de un contrato a término fijo, el silencio de las partes lo suple la ley, argumento que en mi parecer ignoró el hecho de que el mismo contrato estableció la manera de hacerse todas las prórrogas o cualquier otra modificación (siempre por escrito), de donde se infiere, en principio, que NO había tal silencio. Ciertamente ese punto merecía un mayor análisis, que por lo menos abordara el tema de la validez o no de la cláusula novena del contrato.

Pero más allá de establecer si la interpretación del apelante respecto al modus operandi del contrato de trabajo es válida o no, lo cierto es que una de las pretensiones principales de la demanda era que se declarara que el despido era injusto, y como tal cosa está íntimamente ligado al derecho constitucional a la estabilidad laboral (art. 53 Carta Política), debía entenderse que la apelación en realidad lo que atacaba era la decisión de la jueza de primer grado de no declarar tal cosa. En ese sentido, conforme a lo que viene de decirse, si por un lado el demandante, por sus condiciones materiales, está dentro de la cláusula de no discriminación, y por otro, que el despido afecta el derecho fundamental a la estabilidad laboral, la Sala tenía la obligación de desatar el fondo del litigio, esto es, determinar si el solo vencimiento del contrato a término fijo justificaba el despido del actor.

1. **De la autonomía del empleador para dar por terminado un contrato a término fijo por vencimiento del término pactado:**

El artículo 46 en armonía con el artículo 61 del C. S. del T. permiten la terminación del contrato a término fijo por expiración del plazo pactado, siempre y cuando se de preaviso a la contraparte con 30 días de anticipación, so pena de prorrogarse el contrato por un período igual al inicialmente pactado. **Sin embargo, esa autonomía, que en principio se entendió como absoluta porque bastaba la expiración del plazo y el respectivo preaviso, fue modulada por la Corte Constitucional cuando estudió la exequibilidad del artículo 3° de la ley 50 de 1990 que modificó el artículo 46 del Estatuto Sustantivo del Trabajo.**

En efecto, las Sentencias C-588 de 1995 y C-016 de 1998, cuando analizaron la constitucionalidad del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo *–contratos a término fijo-*, determinaron que el sólo vencimiento del plazo inicialmente pactado, producto del acuerdo de voluntades, no bastaba para legitimar la decisión del patrono de no renovar el contrato, porque sólo así se garantizaría, por un lado, la efectividad del principio de estabilidad, en cuanto "expectativa cierta y fundada" del trabajador de mantener su empleo, si de su parte ha observado las condiciones fijadas por el contrato y la ley, y de otro, la realización del principio que señala la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Resulta completamente clara la posición de la Corte Constitucional respecto a la limitación de la autonomía de la voluntad para dar por terminado un contrato a término fijo por vencimiento del plazo, restricción que se ve aún más apremiante cuando dicho contrato se ha venido renovando varias veces, caso en el cual, definitivamente el solo vencimiento del plazo no es suficiente para darlo por terminado, requiriendo la presencia de otras circunstancias que legitimen constitucionalmente la voluntad de finiquitar la relación laboral.

Dicha intelección tiene fuerza de cosa juzgada constitucional **vinculante** erga omnes (artículo 241 de la Carta) y como quiera que es una sentencia de constitucionalidad vincula también a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que deja sin piso la tesis de aquella según la cual el solo vencimiento del plazo es suficiente para dar por terminado el contrato.

En el presente caso, once años de trabajo en el cargo de COCINERO SEGUNDO en el que no tuvo llamados de atención *–o por lo menos no se probaron en el proceso-,* cumpliendo a cabalidad sus funciones, ciertamente representaban para el trabajador una "expectativa cierta y fundada" de que su contrato se prorrogaría nuevamente, en virtud del principio constitucional mínimo de estabilidad laboral (art. 53 ibídem).

Por esa razón, como quiera que no se adujo más razón que el mero vencimiento del término del contrato, el despido del demandante se torna injusto y había lugar a indemnizarlo por ese concepto, indemnización que equivale a los 12 meses de salario.

La Sala mayoritaria y la jueza de primer grado desconocieron esas sentencias de constitucionalidad y su fuerza vinculante, so pretexto de aplicar sin más ni más la intelección de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que a su vez incurre en igual error. Ello viola el derecho de acceso a la administración de justicia del actor.

1. **Violación del Derecho a la igualdad del demandante:**

Me sorprende la posición del Ponente en este caso, toda vez que acudiendo a argumentos meramente formales desconoció su propio precedente sobre el tema, cuando en otros asuntos aplicó íntegramente las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, respecto a la restricción del empleador para dar por terminado el contrato a término fijo por el mero vencimiento del plazo pactado. Ello ciertamente viola la igualdad material del demandante, quien estando en similares circunstancias, recibe un trato diferenciado.

Véanse por ejemplo los siguientes asuntos en los que interviene el Ponente:

Radicación Nro. : 66001-31-05-003-2008-01113-00

Proceso : ORDINARIO LABORAL

Demandante : MARIA MYRIAM SALAZAR LONDOÑO

Demandado : MARÍA DEL SOCORRO SANZ SANZ

Radicación Nro. : 66001-31-05-001-2008-00231-01

Proceso : ORDINARIO LABORAL

Demandante : MARIA SOFIA SÁNCHEZ DE MÚNERA

Demandado : C.I. NICOLE S.A

En estos términos sustento mi salvamento parcial de voto.

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN**

**Magistrada**

1. Sentencia del 6 de septiembre de 1.990., Radicación No. 3828, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 27 de mayo de 1.998, Radicación No. 10468, M.P. Dr. Fernando Vásquez Botero. [↑](#footnote-ref-2)