



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 2

**CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO**

**Magistrado ponente**

**SL2996-2022**

**Radicación n.º 88414**

**Acta 27**

Bogotá, D. C., primero (1º) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **LV**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), en el proceso que le instauró al **FONDO DE EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI- FONAVIEMCALI**.

## **I. ANTECEDENTES**

**LV** llamó a juicio a Fonaviemcali, para que le declarara que su contrato de trabajo fue terminado en el marco de un despido colectivo, sin que mediara autorización del Ministerio del Trabajo, por lo que es ineficaz.

Solicitó que, en consecuencia, se ordenara su reintegro

con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, así como los intereses por el no pago de los primeros, sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, más la indemnización del artículo 64 del CST, lo que se probare y las costas.

Narró que laboró para la demandada del 19 de enero de 2010 al 30 de junio de 2011, en el cargo de auxiliar administrativo; que su vinculación fue mediante contrato de trabajo a término indefinido; que entre junio y septiembre de 2011, su empleadora la despidió sin justa causa, junto Germán de Jesús Vasco Rincón, Shaloon Danelly Ibarguen Pabón, Rosalba Gutiérrez Zúñiga y César Augusto Sisa Hernández; que el número total de trabajadores de la empresa eran dieciséis, por lo que se configuró un despido masivo.

Contó que su último salario fue de \$1.248.349 mensuales; que el 7 de octubre de 2011 solicitó al Ministerio de Trabajo que le informara si existía permiso para el despido colectivo; que por medio de Oficio n.º 0019804 del 11 de octubre de 2011, se le comunicó, junto a sus compañeros, que no existía tal autorización; que los trabajadores afectados radicaron solicitud de investigación administrativa y, a través de la Resolución n.º CGPIV 001415 del 13 de julio de 2012, aquella autoridad se abstuvo de tomar una decisión en contra de la accionada; que interpusieron recurso de reposición, que fue resuelto en su favor a través de la n.º 001415 del 13 de julio siguiente, en la que se sancionó a Fonaviemcali con multa de diez salarios mínimos legales

mensuales vigentes.

Adujo que la entidad presentó solicitud de revocatoria directa y, mediante la Resolución n.º 000225 del 19 de febrero de 2013, se negó ese pedimento; que por medio de Escrito del 11 de marzo de 2013, reclamó a la ex empleadora su reintegro y el pago de los créditos laborales dejados de cancelar (f.º 262 a 274, cuaderno n.º 1).

Fonaviemcali se opuso a las pretensiones. Aceptó el vínculo contractual laboral con la actora, sus extremos, el cargo y salario devengado, el despido de ella y los trabajadores que refirió, en el periodo aludido; el trámite ante el Ministerio del Trabajo y las decisiones que dicha autoridad adoptó en su contra.

Negó que haya incurrido en un despido colectivo, porque al momento de finalizar los contratos de sus trabajadores, contaba con una planta de personal de dieciocho personas; que si bien fue sancionada administrativamente, no se le corrió traslado de los recursos interpuestos, lo que le impidió aportar las pruebas que hubiesen conducido a una decisión diferente.

Indicó que los demás hechos no le constaban.

Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de despido colectivo en la conducta asumida por el empleador al despedir, cobro de lo no debido y compensación (f.º 281 a 292, *ibidem*).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, el 11 de junio de 2014, decidió:

PRIMERO: Declarar probada la excepción que el Fondo de Empleadores de las Empresas Municipales de Cali – Fonaviemcali- formuló en la contestación de la demanda y que denominó inexistencia del despido colectivo en la conducta asumida por el empleador al despedir sin permiso del Ministerio de Trabajo a los cinco trabajadores vinculados a la empresa por medio de contrato de trabajo.

SEGUNDO: ABSOLVER a Fonaviemcali [...] de todas y cada una de las pretensiones perseguidas por la demanda por la señora **LV.**

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte vencida [...]

CUARTO: Envíese el expediente al Honorable Tribunal del Distrito Superior de Cali, para que se surta la consulta de la presente providencia en el evento de no ser apelada (f.º 333 a 225, en relación con el f.º 342 y 343, *ib*).

## **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 28 de noviembre de 2019, al desatar la apelación de la demandante, confirmó el primer fallo e impuso costas de segundo grado.

Dijo que determinaría si el despido de la accionante fue en el marco de uno de naturaleza colectiva y, por ende, si era ineficaz y procedía su reintegro.

Expuso que los despidos masivos estaban regulados en los artículos 40 del Decreto 2351 de 1965, modificado por el

67 de la Ley 50 de 1990 y 36 y 37 del Decreto 1469 de 1978, que son normas de protección a la estabilidad del empleo y controlan el poder del empleador de terminar unilateralmente el contrato de trabajo; que aquellas amparan la nómina y no la existencia de cargos, como garantía al trabajador responsable que ejerce su función de conformidad con la ley.

Adujo que, a pesar de que el despido colectivo no fue definido por el legislador, este delimitó los elementos que lo configuraban y los criterios que se debían tener en cuenta para calificar su ocurrencia, que son:

[...] el carácter jurídico consiste en los efectos asignados por la ley a las normas que lo prohíben. El contenido económico, se manifiesta en las implicaciones que esta clase de despidos pueda tener en la estructura económica del país y en el patrimonio de los trabajadores [...]. El alcance social, se encuentra claramente definido, las normas que se comentan se orientan a proteger a los trabajadores considerados no individualmente, sino como grupo y a evitar los conflictos sociales y políticos que puedan ocasionar los despidos masivos de trabajadores.

Aseveró que para que opere dicho instituto, se requiere el cumplimiento de los siguientes presupuestos: *i)* que la terminación del contrato de trabajo sea injusta; *ii)* que se dé sobre un porcentaje del total de la nómina, esto es, el 30 %, sin importar la modalidad del vínculo laboral, es decir, verbal o escrito; *iii)* que ocurra dentro de un lapso de tiempo específico, ya que no todos los despidos son masivos, es decir, que ocurren en un único acto, sino que pueden ser sucesivos, esto es, por intervalos de tiempo; *iv)* que ese periodo es máximo de seis meses.

Señaló, en relación con el primero, que no se entienden inmersos en la norma, los despidos que ocurren en razón al reconocimiento de la pensión, puesto que es una causa legal, según el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por lo que no podía incluir en ese análisis al señor Carlos Omar Velasco Hoyos, quien era mensajero, por ser ese el motivo de su desvinculación.

Afirmó que estaba probado:

1. Que en Fonaviemcali es una empresa precooperativa del sector de la economía solidaria de los empleados que de Emcali.

2. Que el 10 de enero de 2010, dicha entidad celebró contrato de trabajo a término indefinido con **LV**, para que desempeñara como auxiliar administrativo (f.º 7 a 11, 109 a 113 y 210 a 214, cuaderno n.º 1).

3. Que el 9 de junio de 2011, se le comunicó a la citada señora su despido sin justa causa a partir del día 30 siguiente, con el consecuente pago de la indemnización legal (f.º 12, 215 y 336, *ibidem*), la cual correspondió a \$1.622.854 (f.º 13 y 14, *ib*).

4. Que la entidad celebró contratos de trabajo a término indefinido con los siguientes empleados que fueron despedidos en el lapso de seis meses:

[...] César Augusto Hernández, era el ingeniero o el arquitecto [...] coordinador operativo; fue vinculado: el 30 de octubre de 1996

(folios 92 a 94); el 1º de marzo de 1997 (folio 89 a 91); del 28 de julio de 2004 (folios 86 a 88); del 24 de septiembre de 2004 (folios, 83 a 85); 16 de noviembre de 2004 (folio 75 a 77); del 16 de noviembre de 2005 (folio 72 a 74); del 16 de enero de 2006 (folio 69 a 71 folios); del 18 de enero de 2008 (folios, 65 a 68); 19 de enero de 2009 (folios, 60 a 63); del 18 de enero 2010 (folio 56 a 59) y fue despedido sin justa causa el 17 agosto 2011, a partir del 31 de agosto 2011 (folio 156, 157, 339). En los primeros es donde obran los respectivos contratos de trabajo firmados con el trabajador.

[...] Germán de Jesús Vasco Rincón, mayordomo del Centro Multipropósito de Calima Darién - zona vacacional de la empresa. Fue vinculado al 1º de diciembre de 2005 a 31 de mayo de 2006 (folios, 96 a 98); 6 de mayo de 2010 (folios, 99 a 103; 13 de septiembre de 2011. Es despedido sin justa causa, expresamente a partir del 30 de septiembre de 2011 (folio 164, 165 y 304).

[...] Shaloom Danelly Ibargüen Pabón. Vinculada el 18 de enero de 2010 (folio 106 109) y despedida sin justa causa el 9 de junio de 2011, a partir del 30 de junio de 2011 (folio 137, 138, 337).

[...] Rosalba Gutiérrez Zúñiga, vinculada el 18 de enero de 2010 (folio 121 a 124) y despedida sin justa causa a partir del 30 de junio de 2011 (folio 146, 147, 338).

5. Que los anteriores subordinados presentaron solicitud de investigación ante el Ministerio de Trabajo, para que se declarara la ilegalidad del despido colectivo (incluyendo el pensionado) y, mediante Resolución n.º 001415 del 13 de julio de 2012, dicha autoridad se abstuvo de imponer medidas administrativas; que previa presentación del recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, por medio de las Resoluciones n.º 02037 del 28 de septiembre de 2012 y 001415 del 13 de julio de 2012, se revocó la decisión inicial e impuso sanción a la empleadora.

6. Que Fonaviemcali interpuso revocatoria directa, que fue negada por el Acto Administrativo n.º 000225 del 18 de febrero 2013.

Denotó que la decisión de la policía administrativa laboral no es presupuesto procesal para acudir a la acción ordinaria por parte de los trabajadores ni la empleadora o de quien tenga interés en el conflicto; que su calificación es en el marco de las funciones de investigar, sancionar y multar a los empresarios, pero no somete al juez del trabajo y tampoco genera prejudicialidad.

Acotó que, además, en el caso, existe *«un error de hecho o un vicio de hecho en el escenario de amparo, porque la policía administrativa no tuvo en cuenta la totalidad de la prueba»*, en razón a que la aportada correspondió a la nómina administrativa de Cali, dejándose por fuera dos trabajadores del Centro de Multiservicios o Multipropósitos del Darién Valle, de los cuales *«no se tuv[i]eron en cuenta [...] que allá los daban por contrato de prestación de servicios, pero que en el año 2011 los vincularon como trabajadores del fondo»*.

Connotó que la nómina era global y no sectorial, por lo que el 30 % a que se refiere la norma es respecto de todo el personal de la entidad, independientemente de que fuera vinculado mediante contrato escrito o verbal; que, por ende, a pesar de que la dadora del empleo aportó el Ministerio una relación de dieciséis trabajadores, para efectos del proceso no podían desconocerse los otros dos, dado que aquella autoridad no tenía facultades para declarar el vínculo realidad de los últimos.

Aseveró que



[...] la sentencia de casación que cita la demandante, [...] parte de un antecedente que no es correcto porque la sentencia de 2006 [...], con radicado 26067 el 17 de mayo de 2006, trata sobre un despido colectivo en una empresa oficial y ocurre que el despido colectivo no aplica en las empresas oficiales y tampoco aplica para trabajadores oficiales. Ese es el sentido de esta sentencia [...] [en la que se] da a entender de que en ese proceso el Tribunal de la época, cuestionó la decisión de la policía administrativa del trabajo y se apartó de la decisión y consideró que se trataba de un despido colectivo. Y aquí le están diciendo, no señor, en las empresas y con trabajadores oficiales, no se da la figura, por expresa disposición de ley, porque el despido colectivo solo es para los particulares, para las empresas particulares privadas [...].

Manifestó que el derecho colombiano es legislado y no está sujeto al sistema de precedentes; que debe analizarse cada caso concreto; que, por tanto, fue equivocada la postura de la sentencia CSJ SL407-2019, que quiebra una decisión adoptada por esa Sala, pues *«parte de ese antecedente falso, porque la sentencia en que se apoya no es típica de despido colectivo, porque no aplicaba, porque se trataba de empresas oficiales [...]»*; que, contrario a lo dicho por la Corte, no estaba

[...] desbordando competencias o estemos apropiándonos de competencias, porque el Ministerio de Trabajo, en el ejercicio de la policía administrativa laboral, tiene sus competencias de orden administrativo, de orden sancionatorio en la materia y si quieren de orden disciplinario, [...] jamás esas [...] puede obligar al juez, porque de lo contrario, pues se elimina uno de los dos.

Dijo que los jueces decidían los conflictos de manera autónoma e independiente, sujetos al artículo 61 del CPTSS; que, según la contestación a la demanda, el Ministerio pidió la nómina administrativa de la entidad y no la global, por lo que no podía desconocerse a los dos subordinados vinculados mediante la teoría del contrato realidad, respecto de los cuales la empresa aclaró su situación, como lo indicó Germán Vasco, al señalar que *«fueron arreglados e incluidos*

*en la nómina», así como Jaime Hernando Sánchez Acosta, quien aseguró que estaba en la entidad «desde el año 2001 a 2006. Algo así, llevo como 7 años acá, nunca me habían pagado derechos y solo en el 2011 reclamamos y nos pagaron todos los derechos y nosotros somos trabajadores de una forma bien. Y eso fue un problema que ya arregló la empresa».*

Sostuvo que no podía pasar por alto los derechos laborales de esos dos servidores, por lo que no le obligaba *«las decisiones que haya tomado la policía administrativa laboral, como tampoco los antecedentes que cita esa sentencia de casación».*

Razonó que debía evaluar el porcentaje del 30 % a que se refiere el numeral 4º del artículo 67 de la Ley 50 en 1990, que modificó el 40 del Decreto 2351 del 1965; que, para tales efectos, tenía en cuenta las resoluciones del Ministerio, la contestación a la demanda y las declaraciones de Bernardo Javier Cuartas Esquivel, Olmedo Peña y Jaime Hernando Sánchez Acosta, quienes afirmaron:

El primero: que

[...] trabaja en Fonaviemcali desde el 1º de febrero de 2009, coordinador financiero, [...] la nómina administrativa, éramos 16 personas. En multipropósitos había tres personas: Jaime, Evelius y no recuerdo el otro. La vinculación de ellos, tenían un contrato en forma verbal. En una reunión acordamos en el año 2011 y se les pagó lo que ellos reclamaban. Fonaviemcali en todo momento mantuvo la nómina.

El segundo, que *«[...] Jaime Hernando Sánchez Acosta es uno de los volantes de los trabajadores, según ellos por*

*contrato de servicios y que después los involucraron a la nómina».*

El tercero que,

[...] laboró en el Centro Multipropósito de Fonaviencali. «trabajo hace 7 años, con trabajo hace 7 años con Fonaviemcali, mis funciones son dar de comer a los animales, voy a bañar, lavar pisos y lagos, inicialmente empecé de palabra, en ese tiempo estaba el ingeniero Sisa (uno de los despedido - Sisa Hernández). El horario era de 7:00 a.m. a 4:00 p.m., hasta los días sábados. Me pagaban quincena. No me pagaban prestaciones cuando yo empecé. En el año 2011 me empezaron a pagar y me afiliaron a la Seguridad Social en el centro Multipropósitos. Estaban en el 2011, estaba Diver, Evelius Rodríguez y Don Germán, pues se refiere a Germán Vásquez, que era el mayordomo, me pagaban en efectivo, estoy afiliado del 2011, [...] y pensiones estoy en Porvenir».

Respondiendo a la pregunta *«¿la nómina de empleados de Fonaviemcali entre junio de 2011 y septiembre de 2011 era de 16 trabajadores?»*, que: *«es cierto»*.

Arguyó que, por tanto, la nómina global de la demandada era de dieciocho trabajadores, esto es, dieciséis de contrato escrito y dos de contrato verbal, a quienes se les regularizó su vinculación según las declaraciones antes referidas; que las nóminas reportadas al Ministerio del Trabajo daban cuenta de los pagos mensuales o quincenales al personal administrativo, pero no al operativo, los cuales debían considerarse porque *«si un juez tuviera que declarar el contrato realidad, [...] lo declara desde que están vinculados, desde que comenzaron a prestar el servicio el primer día, luego no se puede negar por partes que esos dos señores desde que iniciaron a trabajar hacían parte de la nómina global total, integral»*.

Señaló que, en consecuencia el 30 % del personal corresponde a la facción de 5.4 y, debido a la indivisibilidad de la persona, debía considerarse que para el despido colectivo era necesario seis trabajadores y no cinco, como se demostró ocurrió; que para esa operación, los seis meses se contabilizaban desde el 30 de junio, por la exclusión del trabajador pensionado; que, por tanto, la empleadora no estaba obligada a solicitar permiso administrativo para finalizar el contrato laboral de los cinco subordinados en cuestión (f.º 30 a 34 en relación con el CD de f.º 33, cuaderno n.º 2).

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

Interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Pretende que la Sala case la sentencia recurrida y, en sede de instancia, revoque la primera, concediendo las pretensiones de la demanda (f.º 10 vto, cuaderno de la Corte).

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, que no fueron replicados (f.º 28, *ibidem*) y se decidirán conjuntamente por las razones que adelante se explicarán.

#### **VI. CARGO PRIMERO**

Dice que el Tribunal vulneró la ley por la vía directa, en la modalidad de infracción directa de los artículos 74, 76 y 88 de la Ley 1437 de 2011, *«lo que conllevó a la violación del artículo 91, 93 y 138 de la Ley 1437 de 2011»* y 53 de la CP.

Indica que aquél infringió las normas sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos y el procedimiento para su anulación, al considerar que estaba facultado para decidir sobre la legalidad del despido colectivo, independientemente de las decisiones que hubiese adoptado el Ministerio del Trabajo; que las resoluciones mediante las cuales dicha autoridad impuso sanción a su ex empleadora por haber incurrido en ese acto, estaban en firme y eran de obligatorio cumplimiento, siempre que no se hubiese desvirtuado su validez.

Plantea que, por tanto, no era admisible la abrogación de competencias de la jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que *«no existía una excepción para que la jurisdicción ordinaria laboral conociera de este acto administrativo debiendo analizar no la legalidad del mismo sino el cumplimiento de los requisitos legales para que exista o no un despido masivo»*.

Aduce que la postura del colegiado hace ineficaz las decisiones administrativas y las normas que le otorgan al ente ministerial la función sancionatoria a los empleadores, en el caso, las de establecer los motivos que condujeron a la finalización del vínculo de varios trabajadores para

determinar si cumplió o no con las exigencias del ordenamiento jurídico.

Manifiesta que la demandada contaba con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para anulación de la resolución sancionatoria, cuyos efectos desconoció el colegiado, operando su caducidad en cuatro meses; que la autoridad policiva cumplió con el debido proceso y le permitió a la empresa aportar pruebas, por lo que

No hubo la violación revelada por el Tribunal, ni violación del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, debido a que Fonaviemcali no se le vulneró el derecho fundamental al Debido Proceso, toda vez que el Ministerio de Trabajo notificó a dicha razón social de la investigación administrativa y después de hacer el estudio de los documentos aportados tanto por la demandada como por mi representado, profirió la Resolución CGPIVC No. 001415 de 13/07/2012, por medio de la cual resuelve "Abstenerse de tomar medida administrativo laboral, acto administrativo frente al cual mi representado interpuso el Recurso de Reposición y posteriormente se profiere la Resolución No.002037 del 28/09/2012, acto administrativo frente al cual efectivamente ya no operaban más recursos, luego a la demandada la única instancia a la que puede acudir es la figura de la nulidad [...].

Concluye que,

[...] el Tribunal Superior de Cali, incurrió en un yerro y violó sustancialmente la ley, al abrogarse una competencia que solo tiene la jurisdicción contencioso administrativa, para conocer y decidir de los actos administrativos emitidos por la administración en cumplimiento de su función administrativa como lo señala el CPACA en el objeto de la jurisdicción, violentando el debido proceso no existiendo excepción alguna, sino que a todas luces fue una maniobra de la demandada para hacer ver a través de un nuevo proceso establecer relaciones laborales que no existían.

Asevera que, con ello, la segunda instancia vulneró el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, que prohíbe al empleador

realizar despidos colectivos, sin autorización del Ministerio del Trabajo (f.º 11 a 12, *ibidem*).

## VII. CARGO SEGUNDO

Acusa al juez de alzada de incurrir en violación directa de la Ley, por «*INTERPRETACIÓN ERRÓNEA*» del artículo 23 del CST y 53 de la CP, lo que condujo a la vulneración del 67 de la Ley 50 de 1990.

Sostiene que el Tribunal leyó con error el artículo 23 del CST, en relación con el 53 de la CP, puesto que aplicó el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en favor del empleador, restándole eficacia a su espíritu normativo; que se equivocó al considerar «*que el número de trabajadores a tener en cuenta como requisito para establecer o no un despido colectivo puede determinarse con personas vinculadas a la empresa que no ostentaban la naturaleza de trabajadores, en virtud del principio de primacía de la realidad*».

Indica que,

[...] Permitir que el empleador pruebe una relación laboral dentro de proceso en donde se pretende establecer el número de trabajadores vigente al momento de un despido colectivo en determinado tiempo, es como apoyar que la violación de los derechos mínimos irrenunciables, de la primacía de la realidad se predicaran a favor del empleador y no del trabajador, abriendo un argumento hasta grosero que evidencia la manipulación de los principios y las normas para que no sean condenados a las consecuencias de la ineficacia del despido, interpretando la norma desfavorable al trabajador.

Afirma que el segundo fallador violentó el principio de

«*in dubio pro operario*» (duda resuelta a favor del trabajador), pues hizo una lectura desfavorable a sus intereses; que la primacía de la realidad nace como una protección del Estado a la parte débil de la relación, no para que el patrón obtenga beneficios en el incremento de la nómina ante despidos colectivos; que los contratos de los dos empleados sobre los cuales se fundó el fallo, no podían ser calificados por las partes; que no existe pronunciamiento judicial que los declare como de trabajadores (f.º 12 a 13, *ib*).

### VIII. CARGO TERCERO

Increpa al Tribunal la vulneración indirecta de la ley, por «*ERROR DE HECHO que produjo la violación [...] – de los artículos 67 de la Ley 50 de 1990, 23 del Código Sustantivo del Trabajo 29 y 53 de la Constitución Política de 1991*».

Dice que el juez de alzada incurrió en los siguientes yerros fácticos:

1. Dar por demostrado sin estarlo que la nómina de trabajadores de Fonaviemcali entre el 30 junio al 30 de noviembre de 2011 era de 18 trabajadores y no de 16.
2. No dar por demostrado estándolo que la nómina de trabajadores de Fonaviemcali entre el 30 junio al 30 de noviembre de 2011 era de 16 trabajadores y no de 18.
3. Dar por demostrado sin estarlo que la demandada no requería de autorización del Ministerio de Trabajo para desvincular a la demandante y a Shallon Danelly Ibarguen Pabón, Rosalba Gutiérrez Zúñiga, Cesar Augusto Sisa Hernández y Germán de Jesús Vasco Rincón entre el 30 junio al 30 de noviembre de 2011, cuando realmente si lo requería por despedir un número de trabajadores que superaba el límite del 30 % establecido en la ley.



4. No dar por demostrado estándolo que la demandada requería de autorización del Ministerio de Trabajo para desvincular a la demandante y a Shallon Danelly Ibarguen Pabón, Rosalba Gutiérrez Zúñiga, Cesar Augusto Sisa Hernández y Germán de Jesús Vasco Rincón entre el 30 junio al 30 de noviembre de 2011, por despedir un número de trabajadores que superaba el límite del 30 % establecido en la ley.

5. No dar por demostrado estando que, la demandada incurrió en el despido colectivo establecido en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, entre el 30 de junio al 30 de noviembre de 2011, dentro del cual se encuentra como trabajadora despedida la demandante.

6. Dar por demostrado sin estarlo que los señores Jaime Hernando Sánchez y Evelio Rodríguez, se encontraban vinculados como trabajadores de Fonaviemcali, entre el 30 de junio al 30 de noviembre de 2011 – mayúscula texto original.

Señala que esos yerros protuberantes fueron consecuencia de la errónea u omisiva valoración de:

1. Auto liquidaciones de aportes, positiva Compañía de seguros, planilla número 752-660-2181, periodo de pago junio de 2011, en la cual se totaliza 16 afiliados y no se encuentra relacionado Jaime Hernando Sánchez y Evelio Rodríguez (folio 135 (153), no fue valorado por el Tribunal.

2. Auto liquidaciones de aportes, Caja de compensación familiar planilla número 752-660-2181, periodo de pago junio de 2011, en la cual se totaliza 16 afiliados y no se encuentra relacionado Jaime Hernando Sánchez y Evelio Rodríguez. Folio 142 (155). No fue valorado por el Tribunal.

3. Autoliquidación de aportes, planilla SOI No. 7526602181, con periodo de pago junio de 2011, en la cual se evidencia que al 30 de junio de 2011 la demandada realiza el pago de 16 trabajadores relacionándolos como trabajadores en nómina, dentro de los cuales se encuentran los cinco (05) trabajadores despedidos (demandante y a Shallon Danelly Ibarguen Pabón, Rosalba Gutiérrez Zúñiga, Cesar Augusto Sisa Hernández y Germán de Jesús Vasco Rincón) sin justa causa, esta última situación de hecho aceptada por el Tribunal, y no se encuentra relacionado Jaime Hernando Sánchez Acosta y Evelio Rodríguez Agredo, documentales no valoradas por el Tribunal. Folio 144 (158).

4. Autoliquidación de aportes, planilla SOI No. 135236543, Caja de compensación familiar, con periodo de pago septiembre de 2011, en la cual se evidencia que al 30 de septiembre de 2011 la

demandada realiza el pago de 17 trabajadores Folio 169 (183). Documentales no valorados por el Tribunal.

5. Autoliquidaciones de aportes, positiva Compañía de seguros planilla número 135236543, periodo de pago noviembre de 2011, en la cual se totaliza 17 afiliados. Folio 166 (180). Documentales no valorados por el Tribunal.

6. Autoliquidación de aportes, planilla SOI No. 135236543, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con periodo de pago septiembre de 2011, en la cual se evidencia que al 30 de septiembre de 2011 la demandada realiza el pago de 17 trabajadores. Folio 170 (184). Documentales no valorados por el Tribunal.

7. Autoliquidación de aportes, planilla SOI No. 135236543, SENA, con periodo de pago septiembre de 2011, en la cual se evidencia que al 30 de septiembre de 2011 la demandada realiza el pago de 17 trabajadores. Folio 171 (185). Documentales no valorados por el Tribunal.

8. Liquidación de nómina de la demandada del 15 al 30 de junio, donde se reflejan 16 trabajadores. Folio 178, 179 (192, 193), del 1º de julio al 15 de julio de 2011, en la cual se reflejan 15 trabajadores, folios 181, 182 (195,196). Del 16 de julio al 30 de julio de 2011 donde se reflejan 16 trabajadores, folios 183,184 (187,198). Del 1º al 15 de agosto de 2011 donde se reflejan 16 trabajadores, folios 185,186 (199,200). Del 16 al 30 de agosto donde se reflejan 16 trabajadores, folios 187,188 (201,202). Del 15 al 30 de septiembre donde se reflejan 16 trabajadores, folios 189,190 (203,204). Del 1º al 15 de octubre de 2011 donde se reflejan 16 trabajadores, folio 191, 192 (205, 206). Del 16 de octubre al 31 de octubre de 2011 donde se reflejan 16 trabajadores, folios 193, 194 (207,208). Del 1º al 15 de noviembre de 2011, donde se reflejan 16 trabajadores, folios 195, 196 (209, 210). Del 16 al 30 de noviembre donde se reflejan 16 trabajadores, folios 197, 198 (211, 212). Valorados equivocadamente por el sentenciador.

9. Cuenta detallado por terceros, periodo enero 1º a 31 de diciembre de 2010, del 1º de enero al 31 de diciembre de 2011 y del 1º de enero al 31 de diciembre de 2012, donde se relaciona el comprobante de egreso por el servicios prestado por el señor EVELIO RODRÍGUEZ AGREDO, fechas y valor se los pagos por servicio, folios 293, 294, 295, 296, el cual fue valorado de manera equivocada, por cuanto para la fecha de los despidos masivos, entre el 30 de junio y 30 de noviembre de 2011 el señor RODRÍGUEZ AGREDO no tenía vínculo laboral con la empresa demandada sino un vínculo civil o comercial.

10. Escrito dirigido al señor Orlando Peña suscrito por el señor Evelio Rodríguez, donde solicita el pago de las prestaciones

sociales, sin fecha. Folio 297, no fue valorado por el Tribunal, al desconocer que este documento no fue reconocido en el proceso por quien lo emitió, debiéndose haber reconocido por ser emanado de un tercero, porque además no tiene ni fecha de realización ni fecha ni firma de recibido por parte de la demandada.

11. Liquidación de prestaciones sociales del periodo 2009, 2010, 2011, 2012, anticipo de cesantías periodo 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 realizado por la demandada relacionando como empleado al señor EVELIO RODRÍGUEZ AGREDO, sin fecha de pago ni fecha de firma por el trabajador, suscrito por el trabajador. Folios 298, 299, 300, 301, 302, 303, 306, 305, 306. Los cuales fueron valorado equivocadamente por el Tribunal.

12. Escrito dirigido al señor Olmedo Peña por el señor JAIME HERNANDO SÁNCHEZ ACOSTA, Gerente de Fonaviemcali, donde solicita se reconozca el tiempo que lleva trabajando junto con vacaciones y prestaciones sociales, con fecha 14 de enero de 2011, sin firma ni fecha de recibido por parte de demandada. Folio 307 el cual, fue valorado equivocadamente por el Tribunal, puesto que no tiene fecha de recibido ni fue ratificado por quien lo suscribe.

13. Liquidación de prestaciones sociales del periodo 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, anticipo de cesantías periodo 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 realizado por la demandada relacionando como empleado al señor JAIME HERNANDO SÁNCHEZ ACOSTA, sin fecha de pago ni fecha de firma por el trabajador, suscrito por el trabajador. Folio 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318. El cual fue valorado equivocadamente por el Tribunal.

14. Cuenta detallada por terceros, periodo enero 1º a 31 de diciembre de 2008, enero 1º a 31 de diciembre de 2009, enero 1º a 31 de diciembre de 2010, del 1º de enero al 31 de diciembre de 2011 y del 1º de enero al 31 de diciembre de 2012, donde se relaciona el comprobante de egreso por el servicios prestado por el señor JAIMEN HERNANDO SÁNCHEZ ACOSTA, fechas y valor de los pagos por servicio, folios 319 a 325, los cuales fue valorado de manera equivocada, por cuanto para la fecha de los despidos masivos, entre el 30 de junio y 30 de noviembre de 2011, el señor RODRÍGUEZ AGREDO no tenía vínculo laboral con la empresa demandada sino un vínculo civil o comercial.

15. [...] confesión realizada por el representante legal que se encuentra a folio 222, 223 y 224 (236, 237 y 238) cuando en el hecho 3 cuando declara que «así fue explicado y demostrado por el suscrito en sus intervenciones durante el desarrollo de la investigación, presentando para ello las pruebas conducentes y pertinentes que permitieron demostrar que teniendo la empresa y nómina a 16 trabajadores, el haber despedido durante un lapso inferior a seis meses a cinco trabajadores, según les pusieron los

quejosos no constituía despido colectivo, como estos afirman...». El representante legal de la demandada declaró en la investigación administrativa y se tuvo como documento que no fue tachado en el proceso, que tenían vinculados 16 trabajadores y no 18 como lo sostiene el Tribunal.

Expone, en relación con lo último, que también existió confesión judicial.

Señala que no discute las exigencias normativas que indicó el Tribunal para la procedencia del despido colectivo, así como tampoco que se demostró que la empresa adoptó esa decisión sin mediar justa causa, entre el 30 de junio y 30 de noviembre de 2011, respecto de los siguientes trabajadores:

1. Shalom Danelly Ibarguen Pavón, fecha de terminación del contrato 30 de junio de 2011.
2. Rosalba Gutiérrez Zúñiga, fecha de terminación del contrato 30 de junio de 2011.
3. **LV** (demandante), 30 de junio de 2011.
4. Cesar Augusto Sisa Hernández, fecha de terminación del contrato 31 de agosto de 2011.
5. Germán de Jesús Vasco Rincón, fecha de terminación del contrato 30 de septiembre de 2011.

Precisa que el error del juez colectivo consistió en incluir dentro de la nómina de ese periodo, dos personas que, en su consideración, estaban vinculadas mediante contrato realidad, según lo expuesto por Germán Vasco y Jaime Hernando Sánchez Acosta, pero sin advertir que para el 30 de noviembre, la empleadora no había recibido reclamaciones de parte del último y de Evelio Rodríguez, como tampoco había pagado tales rubros, según «*las liquidaciones del señor Rodríguez Agredo de 2009 a 2011 (folios 298 a 300) y Sánchez Acosta de 2008 a 2012 (folios 308*

a 311)», las cuales, apunta, no tiene fecha, pero se puede concluir de lo siguiente:

Los señores Sánchez Acosta y Rodríguez Agredo tenían una vinculación comercial o civil, según las cuentas detalladas por terceros de folios 324 a 327 y 294 a 296, cuaderno n.º 1, lo que evidencia la mala fe de la demandada, pues, incluso, sus liquidaciones de prestaciones sociales no coinciden con los salarios base de cotización.

Arguye que lo anterior se ratifica con la falta de valoración de la confesión del representante legal de la demandada, quien aceptó que los trabajadores de junio y septiembre eran 16; que a los señores Evelio Rodríguez Agredo y Jaime Hernando Sánchez no se les cancelaba los aportes a seguridad social y parafiscalidades, pues no se les consideraba vinculados con contrato de trabajo, a pesar de que se les había enganchado verbalmente; que los pagos de tales rubros se les efectuaron a finales de 2011, pero no existían soportes de ello, porque su pago fue en efectivo; que, por tanto, *«la liquidación y pago de prestaciones sociales fue posterior al despido de los trabajadores tal relación laboral por contrato realidad no había sido acordada por los trabajadores y la empresa, ni declarada por la justicia laboral»*.

Añade que Bernardo Javier Cuartas también admitió que los pagos de los citados señores se realizaron a finales de 2011, sin que apareciera reporte en los libros contables; que, contrario a lo expuesto por el juez de segunda instancia, la nómina no estaba sectorizada, pues la de folios 173 a 198

del expediente, correspondiente al lapso de junio a noviembre de 2011, solo tenía reportado 16 trabajadores, lo que se confirma con *«los documentos obrantes a folio 135, 144, 166, 169, 171 sobre los cuales no hubo pronunciamiento alguno en la sentencia»*, referentes a las liquidaciones de aportes a riesgos laborales, caja de compensación laboral y SENA; que *«la autoliquidación de aportes no son zonales, no están por sedes, o por sectores, precisamente los aportes al SENA son de todos los trabajadores de la empresa»*.

Expone que el Tribunal aludió a la contestación a la demanda, como si fuera prueba de su contenido; que los testigos sobre los cuales dijo se aceptó el contrato de trabajo realidad desde 2009, no se pronunciaron sobre la fecha del acuerdo de formalización, ni existe prueba del reclamo, la calenda en que se llegó a aquel, etc, para determinar que fue anterior al despido colectivo; que la tesis del fallador queda desvirtuada con la inclusión en nómina del mayordomo Germán de Jesús Vasco Rincón (f.º 178 a 212, *ibidem*), pues tenía contrato verbal pero estaba dentro de la documentación de la empresa.

Afirma que el yerro flagrante de la sentencia fue

[...] darle valor probatorio pleno a la liquidación de prestaciones sociales realizadas por la demandada a los señores Jaime Hernando Sánchez Acosta y Evelio Rodríguez Agredo, y a las reclamaciones por estos presentadas, a pesar de que no se estableció la fecha de pago de las mismas ni existe un acuerdo de la existencia de la relación laboral, valorando equivocadamente los documentos contentivos de la nómina de junio a noviembre de 2011 e ignorando las autoliquidaciones de aportes, la confesión del representante legal cuando declara que los dos supuestos trabajadores no estaban vinculados mediante

una relación laboral y las cuentas detalladas no valoradas en donde se refleja la disparidad del salario base de liquidación con los ingresos realmente percibidos y la falta de pago real en la misma. La demandada además no cumplió con la carga de probar fechas de pago y acuerdos realizados con los trabajadores.

Asegura que los anteriores yerros condujeron a la violación del artículo 23 y 67 del CST y 53 de la CP, puesto que el Tribunal no debió aplicar el principio de la primacía de la realidad para negar un despido colectivo, que era ineficaz (f.º 13 a 19, *ib*).

## **IX. CONSIDERACIONES**

Por razones estrictamente metodológicas, en aras de dar claridad conceptual y doctrinaria a los institutos y reglas jurídicas respecto de los cuales se plantea el recurso extraordinario, en ejercicio de la función de unificación de la jurisprudencia, la Sala estudiará los cargos en forma conjunta.

Además, precisa que, a pesar de que los ataques presentan algunos defectos de técnica, puesto que en la proposición jurídica del primero no se incorporó el artículo 67 de la Ley 50 de 1990; en la del segundo se acusó su vulneración, pero sin identificar la modalidad de esa trasgresión normativa, omisión que también se observa en el tercero frente a las normas que integran ese elemento de la demanda, tales yerros son subsanables porque:

*i)* en la demostración del inicial, la censura increpó la vulneración del precepto sustantivo al principio inadvertido,

por lo que una lectura integral del disenso, permite comprender que hizo parte de los preceptos sustantivos denunciados como trasgredidas; *ii)* de acuerdo con el esquema argumental del embate subsiguiente, es dable colegir que se acusó al Tribunal de interpretar con error el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 y aplicar indebidamente el 23 del CST y 53 de la CP y, *iii)* atendida la senda seleccionada en el último, el submotivo de infracción elegido fue la aplicación indebida.

En ese escenario, la Corte determinará: *i)* si el colegiado incurrió en error de puro derecho, al desconocer la calificación de despido colectivo que efectuó, sin controversia, el Ministerio del Trabajo, mediante acto administrativo debidamente ejecutoriado, el cual no ha sido anulado por la jurisdicción contencioso administrativa; *ii)* si interpretó con error el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, en armonía con los artículos 23 del CST y 53 de la CP (aplicados indebidamente), al considerar que para determinar la existencia de un despido colectivo, era necesario incluir dentro de la nómina de la empresa, al personal que tiene un contrato de trabajo deslaboralizado, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; *iii)* si incurrió en error de hecho al concluir que para la fecha de ocurrencia del despido colectivo, calificado así por la autoridad administrativa del trabajo, la nómina de la empleadora estaba integrada por dieciocho trabajadores, de los cuales dieciséis tenían contrato de trabajo escrito y dos verbales.



En relación con lo primero, recuerda la Corte que tiene adoctrinado, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 17 may. 2006, rad. 26067, rememorada en asuntos similares al presente, en el que es parte la entidad demandada, por ejemplo, en los fallos CSJ SL407-2019, CSJ SL532-2021 y CSJ SL1576-2021, que, en principio y por regla general, la calificación que el Ministerio del Trabajo hace del despido colectivo, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 1469 de 1978, tiene fuerza jurídica vinculante y es soporte cardinal de la ineficacia de la extinción del vínculo, cuando se pretermiten el requisito de autorización previa por parte de la autoridad policiva laboral, pues el acto administrativo que contiene esa decisión goza de presunción de legalidad y privilegio de ejecución y sólo puede ser invalidado por el juez administrativo.

Sin embargo, se resalta, ello no es óbice para que el juez laboral y de seguridad social pueda apartarse de esa calificación, por ejemplo, cuando la autoridad administrativa incurra en errores jurídicos que conduzcan a su evidente y notoria ilegalidad, como cuando contradigan el alcance que los jueces hayan dado a un precepto normativo, o si se discute y prueba, de manera suficiente, que la finalización de los vínculos estuvo sujeta a la legalidad.

En efecto, frente a lo primero, en el fallo inicialmente citado, la Corte señaló:

[...] la declaratoria emitida por el Ministerio del Trabajo calificando el despido como colectivo sirve para sustentar jurídicamente la declaración de ser ineficaz el despido dado que

ese acto administrativo goza de la presunción de legalidad y es de obligatoria observancia mientras no sea suspendido o anulado por la jurisdicción competente, que es la contencioso administrativa, sin que pueda la jurisdicción laboral entrar a cuestionar o desconocer ese acto que además fue expedido por la autoridad legalmente autorizada para proferirlo, la Sala mantiene la mentada regla en relación con los actos administrativos en tanto tiene que ver con la distribución de competencias judiciales.

Y, a continuación, respecto de lo segundo, puntualizó:

[...] sin embargo, no puede ignorar que la misma no es absoluta y en determinadas circunstancias excepcionales debe ceder en el sentido de que puede disponerse la inaplicación de un acto administrativo en un evento concreto, particular y sobre todo excepcional. Y son precisamente las circunstancias especiales que rodean este caso, las que imponen ese tratamiento excepcional, toda vez que esta Corporación en cumplimiento de su función legal y constitucional se dedicó a fijar el alcance de una disposición legal (el artículo 67 de la Ley 50 de 1990), concluyendo que de su recto entendimiento se colige que en el caso de los trabajadores oficiales no hay lugar a despidos colectivos, ni a la declaratoria en tal sentido, sin que sea posible que luego de esa conclusión pueda admitir la validez de una resolución que contradice abiertamente la interpretación a que se arribó, calificando como colectivo un despido de trabajadores oficiales, de donde surge palmariamente que es improcedente tener en cuenta el citado acto, pues su contrariedad con el orden jurídico, cuyo alcance se acaba de fijar en esta misma providencia, surge de manera manifiesta. Resultaría inexplicablemente contradictorio y carente de toda coherencia y secuencia lógica que un Tribunal termine avalando, en un mismo pronunciamiento, situaciones contrarias y antagónicas con la doctrina que él mismo trazó. Naturalmente que en esta hipótesis no le es dado el juez laboral retirar el acto administrativo del mundo jurídico, sino inaplicarlo al caso concreto.

Ahora, frente a lo último, en la providencia CSJ SL16805-2016 (en el que también analizó la incidencia de esa decisión de policía administrativa laboral, en punto del instituto de la prescripción), explicó lo siguiente:

Nótese que el legislador le atribuyó competencia para catalogar un despido como colectivo al Ministerio de Trabajo, según lo previsto en el citado art. 67 de la Ley 50 de 1990. Sin embargo, como el despido colectivo, por el hecho de estar autorizado

administrativamente, no deja de ser despido, en caso que corresponda ordenar el pago de alguna indemnización legal o convencional por la desvinculación de un número significativo de trabajadores, y se presente diferencias entre los trabajadores despedidos con el empleador, será la justicia ordinaria laboral a quien le corresponderá dirimir este conflicto jurídico y en últimas definir si se presentó o no despido masivo, ello de acuerdo con lo consagrado en los arts. 37 y 43 del Decreto 1469 de 1978 que regula también lo concerniente a despidos colectivos y que en el último de los preceptos señala *«Las indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores por la violación de las disposiciones anteriores, en que incurran las empresas o empleadores, se harán efectivas por la jurisdicción del trabajo»*, al igual que por la competencia dada al Juez Laboral en el numeral 1º del art. 2º del C.P.T. y S.S., modificado por el art. 2º de la Ley 712 de 2001, que dispone conocer de *«Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo»*.

Volviendo a la calificación de despido colectivo por parte del Ministerio de Trabajo, que resulta relevante para efectos de determinar el momento a partir cual empieza a contabilizarse el término de prescripción cuando se inician posteriores contiendas judiciales con fundamento en esa determinación, se tiene que como antes se explicó, la acción prescribe en tres años contados desde la firmeza de dicho acto que lo declara, y por ello dentro de este lapso de tiempo es que los trabajadores afectados deben incoar la respectiva demanda laboral.

Aquí, recuérdese que si el empleador no comparte el acto administrativo proferido por el ente gubernativo, tiene también las acciones correspondientes para controvertirlo, eso sí ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que *«en la eventualidad de ser posteriormente anulado, podrá generar responsabilidad del Estado frente al empleador pero no afectar los derechos adquiridos por los trabajadores»* (sentencia CSJ SL, 2 de abr. 1993, rad. 5.632).

También, se impone recordar que al juez del trabajo le es dable apartarse de la calificación del Ministerio del ramo cuando, por ejemplo, dentro del juicio el empleador discute y acredita, que la terminación de la relación laboral estuvo cobijada por el manto de la legalidad.

Postura última que no resulta contraria con la expuesta, entre otras, en las sentencias CSJ SL415-2021, CSJ SL462-2021 y CSJ SL937-2022, pues, a pesar de otorgar a los actos administrativos expedidos por el Ministerio del Trabajo, en el ámbito de sus facultades de los

artículos 485 y 486 del CST, la calificación de pruebas, sujetas al principio de libre apreciación del artículo 61 del CPTSS, en todo caso dejó a salvo su importancia, con la precisión de que no sometían al juez del trabajo, en el evento que advierta «[...] *que el acto administrativo es antijurídico*», puesto que «*no debe simplemente allanarse a él, sino ofrecer la respuesta jurídica que esté acorde con las leyes sociales, atendiendo las circunstancias objetivas acreditadas y demás aspectos relevantes que atañen a esta materia de alto y profundo contenido social [...]*».

Lo anterior, en cumplimiento del

[...] mandato supralegal contemplado en el artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973, según el cual toda persona trabajadora tiene derecho a que un juez competente, independiente e imparcial, resuelva sobre la determinación de sus derechos laborales. Dicha disposición señala:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, **o para la determinación de sus derechos y obligaciones** de orden civil, **laboral**, fiscal o de cualquier otro carácter (destaca la Corte).

Por tanto, el acatamiento de esta obligación judicial es clave para reconocer y efectivizar las garantías judiciales de los ciudadanos en relación con sus controversias laborales, de modo que, se reitera, integra el conjunto de reglas y formas propias del proceso laboral y de seguridad social -artículo 29 de la Carta Política (CSJ SL937-2022).

En ese contexto, una interpretación sistemática y armónica de las reglas de competencia administrativa y jurisdiccionales en la **calificación de los despidos colectivos**, no puede ser otra que la de garantizar, en

principio, los efectos jurídicos de la que efectúe el Ministerio del Trabajo en el marco de sus funciones, a través del acto administrativo debidamente ejecutoriado y en firme, el cual goza de presunción de legalidad y validez, que solo puede ser anulado por la jurisdicción contencioso administrativa, a fin de materializar, entre otras garantías de rango superior, la de seguridad jurídica (artículo 1º, 2º, 29, entre otros, de la CP), la confianza legítima entre los ciudadanos (artículo 83, *ib*) y la coordinación armónica de las poderes del Estado (artículo 113, *ibidem*).

No obstante, en aras de hacer compatible dicha regla con los principios de autonomía, independencia judicial - sometimiento de la jurisdicción a la Constitución y la ley (228 y 230 de la CP), los jueces pueden apartarse de esa calificación por razones relevantes de hecho o de derecho, esto es, se insiste, a modo de ejemplo, por advertir que la policía administrativa laboral incurrió en evidentes y flagrantes errores jurídicos y fácticos dentro de esa calificación, que tienen incidencia en la resolución de un conflicto jurídico laboral o por haber extralimitado sus funciones legales, las cuales, para el asunto, se limitan a la «[constatación de] *hechos para establecer si se enmarcan dentro del supuesto fáctico de la norma y, si es del caso, aplicar la consecuencia jurídica*», es decir, hacer una validación netamente probatoria, pues no es de «*su resorte entrar a hacer disquisiciones de naturaleza jurídica*», como lo expuso el Consejo de Estado en el fallo CE, 13 jun. 2019, rad. 11001-03-25-000-2010-00060-00(0520-10).

De donde el Tribunal, efectivamente, incurrió en error de puro derecho, puesto que, apartándose además del precedente de la Corte, desconoció **irrestrictamente** la fuerza jurídica de la Resolución n.º 002037 del 28 de septiembre de 2012 (f.º 40 a 43, *ibidem*), confirmada a través de su Homóloga n.º 00225 del 19 de febrero de 2013 (f.º 45 a 47, *ib*), por considerar que la calificación que efectuó el Ministerio del trabajo, en el marco de su competencia como autoridad policiva, no comprometía a esta jurisdicción, planteamiento que resulta contrario a la sistematicidad con la que debe leerse el ordenamiento jurídico, en razón a que, se itera, aquel principio constitucional (artículo 230 Superior) en casos como el analizado, cumple armonizarlo con el deber colaboración entre las ramas del poder público, lo que se materializa en el respeto a las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas en el marco de sus funciones legales, siempre que no existan razones de hecho y derecho para apartarse de ellas, presupuesto que no se observa en el caso.

Lo último, con relevancia, porque, además, hace efectiva la regla del sometimiento a la ley por parte del juez (artículo 230 de la CP), puesto que: *i*) la asignación de esa función al Ministerio del Trabajo, hace parte de la facultad de libre configuración legislativa del congreso y la competencia reglamentaria del ejecutivo; *ii*) garantiza la eficacia y ejecutoriedad de los actos administrativos, respecto de los cuales existe presunción de legalidad, validez y un mecanismo judicial idóneo para su anulación, si es que se sospecha de su juridicidad, como es el proceso de nulidad

simple o nulidad y restableciendo del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativo; *iii)* otorga estabilidad al ordenamiento jurídico, al armonizar las decisiones que se adopten en el marco de la ley, especialmente, tratándose de un ejercicio de constatación probatoria y subsunción objetiva, como es la que realiza la autoridad policiva; *iv)* garantiza la autonomía e independencia judicial, pues, siempre que existan razones relevantes de hecho y derecho para apartarse de esa calificación, el juez lo puede hacer, para garantizar el acceso a la administración de justicia y a la justicia.

En otras palabras, contrario a lo expuesto por la segunda instancia, la regla jurídica de la Corte en parte alguna desconoce o anula la función jurisdiccional, pues, por el contrario, la desarrolla en forma armónica con el sistema jurídico constitucional y legal al que los jueces están sometidos, quienes, se itera, por razones relevantes, pueden apartarse de dicha calificación y adoptar la decisión que en derecho corresponda, de acuerdo con lo probado en el proceso, según el artículo 230 de la CP.

En consecuencia, el primer cargo prospera.

Con todo, si en gracia de discusión la Corporación entendiera que el Tribunal adoptó su decisión por encontrar satisfechos los presupuestos de la excepción para apartarse de la calificación de la Resolución n.º 002037 del 28 de septiembre de 2012 (f.º 40 a 43, *ibidem*), confirmada a través de la n.º 00225 del 19 de febrero de 2013 (f.º 45 a 47, *ib*), que

no es lo que argumentativamente plantea, el recurso de casación también prosperaría, por las razones que se pasan a exponer:

En primer lugar, como se acusa en el segundo cargo, el colegiado hizo una lectura equivocada del numeral 4º artículo 67 de la Ley 50 de 1990, modificadorio del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, al considerar que el porcentaje de trabajadores sobre el cual debe analizar la ocurrencia del despido colectivo, para el caso, el 30 %, debe incluir aquellos que, en el marco del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la CP), podrían tener un vínculo de esa naturaleza, aun si el empleador los tiene deslaboralizados.

Lo anterior, porque con tal planteamiento se desconoce de manera flagrante la literalidad de la norma y el espíritu protectorio a la estabilidad del empleo y la imposición de limitaciones razonables a la facultad del empleador de terminar los contratos de trabajo de su personal, en aras de garantizar la regla de solidaridad del artículo 1º y 95 de la CP, en armonía con el artículo 53, *ibidem*.

Así se dice, porque el numeral 4º del artículo 40 del Decreto Ley 2351 de 1965, modificado por el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, dispone que:

[...] el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social no podrá calificar un despido como colectivo cuando el mismo afecte en un período de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente al treinta por ciento (30 %) **del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador**, en aquellas



empresas que tengan un número superior a diez (10) e inferior a cincuenta (50) [...] (subrayado de la Corte).

Es decir, desde su exégesis, la valoración del porcentaje del personal despedido sin justa causa, en el periodo de seis meses por parte del dador del empleo, debe incluir los trabajadores vinculados con ese empleador a través del contrato de trabajo, verbal o escrito, más no, aquellos que tienen modalidades contractuales, aun si fueran simplemente formales, no subordinadas, bien sea, como en el caso, mediante vínculos de prestación de servicios u, otras formas de tercerización, como las del personal enviado por cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, *outsourcing* (externalización), entre otras, independientemente de que, en la realidad, puedan configurar un contrato de trabajo con aquel empresario, asunto que puede debatirse, pero en otro juicio no en uno como el presente.

Tal la aseveración, porque la norma busca brindar protección a los trabajadores vinculados, frente a actuaciones abusivas de quien tiene el poder de subordinación, a fin de:

i) Dar efectividad a los valores, principios y finalidades del Estado, según el preámbulo y los artículos 1º y 2º de la Constitución, esto es, el asegurar el trabajo, la justicia y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice el orden económico y social justo, el «*respeto a la dignidad humana, [...] el trabajo y la solidaridad de las personas que integran al Estado*», el servicio a la comunidad,

y la promoción de la prosperidad general, garantizando los derechos y deberes de la Carta Política, entre ellos, el de trabajo, que en el artículo 25, *ibidem*, instituye obligaciones de garantía y protección por parte de aquel, en condiciones dignas y justas, como, por ejemplo, a la estabilidad en el empleo, al tenor del artículo 53, *ib*, en concordancia con los artículo 4º, numeral 3º artículo 9º, 10, 14 del Convenio 158 de la OIT, el cual, a pesar de no ser ratificado por Colombia, sirve de parámetro interpretativo de la última norma constitucional.

ii) Alcanzar o lograr la justicia en las relaciones que surjan entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, según el artículo 1º del CST, en armonía con la regla hermenéutica del artículo 18 *ib*, teniendo en cuenta que, además, según los artículos 4º y 9º del mismo estatuto, el trabajo es socialmente obligatorio y goza de protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución y la ley.

A lo cual se suma un elemento sistematizador y de efecto útil de la norma sobre la que discurre el debate, pues la postura adoptada por el colegiado avalaría actuaciones contrarias a la buena fe por parte del empleador, en evidente contravía de los artículos 83 de la CP y 55 del CST, quien, abusando del uso de figuras contractuales no laborales, procedería a regularizar dichas vinculaciones, con la única finalidad de evitar los efectos de la ineficacia del despido de parte de sus trabajadores que estuvieran subsumidos en alguna de las hipótesis del artículo 67 de la Ley 50 de 1990.

En efecto, en relación con lo último, resulta importante recordar, que en el ordenamiento jurídico se estructura sobre criterios éticos en el desarrollo de las relaciones humanas (con trascendencia en las atinentes a las de naturaleza social, como son las laborales), que buscan materializar presupuestos de honestidad, rectitud, credibilidad y confianza en el comportamiento colectivo y en los efectos jurídicos que a éstos se les den.

De ahí que tengan tanta trascendencia en el sistema constitucional y legal, reglas y principios como la buena fe<sup>1</sup>, la prohibición de beneficio indebido por actuación negligente, culposa o dolosa<sup>2</sup>, así como por la extralimitación en el ejercicio de un derecho para dañar a otro o afectar el de los demás<sup>3</sup>, los cuales no solo son cánones de interpretación legal sino de aplicación directa en casos particulares, so pena de que se trasgredan elementos esenciales del Estado Social de Derecho y se lesione la confianza pública en las instituciones jurídicas y sociales.

Al respecto debe tenerse presente que la Constitución de 1991, soportó el Estado Colombiano sobre los valores, los principios y los fines a los que atrás se hizo referencia, así como en imperativos de obligatorio cumplimiento para los particulares, entre ellos, «*el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*» (artículo 95 Superior) y el

---

<sup>1</sup> Artículo 83 de la CP; CC C083-1995.

<sup>2</sup> Nadie puede beneficiarse de su propia culpa

<sup>3</sup> Teoría del abuso del derecho.

actuar conforme al orden justo dentro del ejercicio simultáneo de las prerrogativas personales y ajenas (artículo 83, *ibidem*).

Tales reglas han sido parámetro de resolución de múltiples conflictos jurisdiccionales<sup>4</sup>, por lo que también deben serlo en el que suscita la intervención de la Sala, teniendo en cuenta que es pacífica la jurisprudencia constitucional, laboral y administrativa, en torno a la regla de prohibición de nóminas paralelas por parte del Estado y los particulares y, por ende, la inexistencia, invalidez o ineficacia de los efectos jurídicos derivadas de su uso, según el instituto que se esté analizando.

Para el efecto, a modo de ejemplo, resulta importante traer a colación lo expuesto por el Juez Constitucional, en la sentencia CC C614-2009, en el que conminó a los entes de control para adelantar estudios completos e integrales sobre la existencia de nóminas paralelas en la contratación pública, a efectos de evitar, controlar y sancionar, «*la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas*».

En dicho fallo puntualmente se dijo:

A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales

---

<sup>4</sup> A modo de ejemplo: los conflictos relativo al abuso del derecho frente a garantías forales (CSJ SL1983-2020), la utilización de transacciones o conciliación en la terminación del contrato de trabajo o pago de acreencias laborales (CSJ SL10106-2014); la obtención indebida del derecho pensional por sobrevivientes respecto de quien fue determinante en la ocurrencia del insuceso del causante CC T122-17, entre otras.

con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “**nóminas paralelas**” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas.

Así mismo, el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación CE SUJ2-025-21 (aunque sin hacer alusión al término «nóminas paralelas»), resaltó cómo el uso indebido e indiscriminado de figuras jurídicas no laborales, en relaciones de trabajo subordinado, *«viola sistemáticamente a la Constitución»*, pues *«desconoce las garantías especiales de la relación laboral que la [la Carta Política] consagra»*, precisando que, incluso, [...] la Organización Internacional de Trabajo (OIT), *«[...] a través de la Recomendación 198 de 2006, invitó a los Estados miembros a reconocer y proteger los derechos de los trabajadores y a contribuir a la eliminación de*

*las prácticas de empleo encubierto, y los exhortó a desarrollar políticas públicas de protección de los trabajadores [...]*».

Además, la misma Corporación en el Concepto CE, 23 nov. 2005, rad. 11001-03-06-000-2005-01693-00(1693), emitido por su Sala de Consulta y Servicio Civil, indicó que existen mecanismos legales, con consecuencias disciplinarias, que proscriben «*la generación de nóminas paralelas*», por «*el desconocimiento tanto del régimen constitucional y legal de la función pública - que prevé unos procedimientos de ingreso al servicio - y, de otra, la observancia de la finalidad del contrato de prestación de servicios*».

Y, esta Sala en las sentencias CSJ SL14925-2014 y CSJ SL4427-2017, expuso que en el análisis de la buena fe que exonera de la sanción moratoria de los artículos 65 del CST y 1º del Decreto 797 de 1949, no resulta suficiente el aducir el convencimiento en la celebración de un contrato legal, de naturaleza no laboral, pues

[...] se le daría vía libre al abuso de la facultad legal de celebrar contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, pues de antemano sabría empleador público que **acudiendo a esa figura podría mantener *ilegalmente* una nómina paralela dentro de la entidad con menoscabo de los derechos laborales de los trabajadores y permaneciendo inmune a la sanción que contempla la ley** frente al incumplimiento de las obligaciones sociales.

Al tenor de lo expuesto, la lectura que el Tribunal realizó del presupuesto del porcentaje de despidos que da lugar a la calificación de colectivo del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, va en ostensible contravía de los postulados constitucionales

y legales a los que se ha hecho referencia, en tanto a la postre termina avalando conductas abusivas del derecho, contrarias a la probidad, la ética y la buena fe, ejercida por parte de los empleadores que, con el fin de evitar la configuración jurídica de aquella categoría de despidos y los efectos sancionatorios que ella conlleva, utilizarían las nóminas paralelas, cuyo uso está prohibido, regularizándolas (laboralizándolas), con efectos retroactivos, como mecanismo para restarle utilidad a normas de notoria entidad tuitiva, como la de aquella normativa.

La jurisprudencia constitucional y laboral han definido el abuso del derecho, como aquella situación que

[...] supone que su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. Se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento jurídico le impone a este [...] (CC SU631-2017 y CSJ SL1639-2022).

Así mismo, con evidente aplicación al caso, como se explicó en la decisión CSJ SL, 1º mar. 2011, rad. 46175

[...] Este principio postula que los derechos **no pueden desentenderse de la justicia ni desviarse del fin para el cual fueron reconocidos, hasta el punto de ser utilizados, en cambio, como verdaderas armas de agresión**, que permitan al titular su ejercicio en cualquier dirección, distanciado por completo de su filosofía, alejado por entero de su espíritu, que amén de no entrañar interés para él, revela un signo nocivo y la persecución de los fines torticeros (subrayado de la Corte).

Aunado a lo anterior, contrario a lo expuesto por el Tribunal, la exclusión en ese porcentaje legal de la nómina deslaboralizada para efectos de discernir sobre el despido colectivo así calificado por la autoridad competente, en parte

alguna podría constituir una vulneración al derecho de los trabajadores incorporados a la misma, pues ellos están habilitados, en el marco de la primacía de la realidad sobre las formas, para reclamar de forma directa o por vía judicial el reconocimiento de sus prerrogativas constitucionales y legales, pues su situación de ninguna manera está sometida a circunstancias de la nómina formal de la empresa o, como en el caso, a la declaración en ella de un despido colectivo.

Adicionalmente, aunque lo dicho resulta suficiente para el quiebre de la sentencia, también en el asunto se advierten los yerros de hecho que denunció la impugnación en el tercer ataque, porque el juez de apelación no advirtió que la empleadora aportó a folios 293 a 296 y 319 a 325 del cuaderno n.º 1, documentos titulados «*cuentas detallado por tercero*», en el que aparecen reportados los pagos que por concepto de servicios personales (descritos en forma general, como podas y fumigaciones, servicios personas naturales, administración e imprevistos, abonos, trabajos agrícolas, entre otros), realizó a los señores Evelio Rodríguez Agredo y Jaime Hernando Sánchez en el periodo, respectivamente, de enero de 2010 a diciembre de 2012 y de agosto de 2008 a mayo de 2013 .

Lo anterior tiene relevancia, toda vez que los citados señores no aparecen reportados en las planillas de autoliquidación de aportes a riesgos profesionales del personal de Fonaviemcali, visible a folios 133 a 136, 148 a 155, 172 a 177, 180 a 185, *ibidem*, en el que se refiere a un número de afiliados que osciló entre 16 y 17 trabajadores, en



el periodo comprendido entre junio y octubre de 2011, como tampoco en las de liquidación de nómina, visibles entre los folios 187 a 198, *ibidem*, por el periodo de junio a noviembre del mismo año, sin que aparezcan reportes posteriores, carga que le correspondía a la empleadora, teniendo en cuenta que había sido sancionada administrativamente por la autoridad policiva laboral.

Lo anterior es demostrativo de que los citados señores, en el periodo de seis meses en el que ocurrieron los despidos de los cinco trabajadores sobre los cuales el Ministerio de Trabajo declaró el despido colectivo, mediante la Resolución n.º 002037 del 28 de septiembre de 2012 (f.º 40 a 43, *ibidem*), confirmada a través de la n.º 00225 del 19 de febrero de 2013 (f.º 45 a 47, *ib*), no estaban inmersos en el grupo de la planta de personal vinculada mediante un contrato de trabajo, ni siquiera verbal, pues la empresa los tenía oficialmente contratados como servicios de terceros y sobre dicho supuesto jurídico (independientemente de la modalidad de vinculación que en la realidad se haya surtido), es que debía decidirse la calificación masiva de la extinción de los vínculos laborales en comento, como con acierto lo hizo la autoridad administrativa.

Dicha conclusión se refuerza con la confesión realizada por el representante legal de la demandada al rendir interrogatorio de parte, quien señaló que la nómina de la empresa de junio a septiembre (no precisa los meses posteriores), era de 16 trabajadores y, aunque denotó que en el Centro Multipropósito habían otros dos vinculados en

forma verbal, también expuso que, por un error de contratación, no se tenían calificados como trabajadores que devengaran prestaciones sociales y aportes a seguridad social, lo que se corrigió a finales de 2011, haciéndoles el pago retroactivo de las primeras acreencias.

Tales afirmaciones resultan coincidentes con lo expuesto en la demanda, en la que se admitió que a Jaime Hernando Sánchez Acosta y Evelio Rodríguez Agredo «*no [...] les estaba cancelando debidamente sus prestaciones sociales*», situación que fue regularizada en diciembre de 2011, pero, precisa la Sala, sin que aparezca reporte que confirme ese pago en el citado mes, lo que resulta contrario a lo que expresan los documentos de folios 293 a 296 y 319 a 325, *ibidem*, a los cuales les otorga mayor credibilidad.

Además, a pesar de que Bernardo Javier Cuartas Esquivel (min. 35´42 a 58´00 del CD del f.º 341, cuaderno n.º 1) y Jaime Hernando Sánchez Acosta (min 59´16 y siguiente y min 1´00 a 11´31 del CD de f.º 342, *ibidem*), indicaron que la vinculación inicial de los citados trabajadores, dentro de los cuales se encuentra el último deponente, fue verbal, sin que inicialmente se pagaran acreencias laborales, lo que se regularizó en el 2011, el último afirmó que ese pago ocurrió más o menos a mediados de ese año, lo que resulta inconsistente con el periodo en el que la empleadora y el primer testigo afirman se regularizó su vínculo, es decir, finalizando diciembre de 2011.

Para la Sala, las inconsistencias en las declaraciones

referidas, en relación con la prueba documental aportada por la dadora del empleo, particularmente las de folios 293 a 296 y 319 a 325, *ibidem*, en las que aparecen los pagos de los Hernando Sánchez Acosta y Evelio Rodríguez Agredo, como servicios de terceros, les restan credibilidad, máxime si, además, no existe reporte contable, en calidad de nómina de pagos de sus acreencias laborales y de seguridad social en el periodo de 2011.

Lo último con la precisión de que tampoco resulta razonable ni coherente con las reglas de la lógica y la experiencia, las explicaciones que intentó dar el primer testigo, en calidad de coordinador financiero de la demandada, pues a pesar de que el Centro Multipropósitos se maneje como un centro de costos y, por tanto, pueda tener nómina específica, como lo afirma, ello no explica las razones por las cuales los gastos laborales de su personal son calificados al interior de la entidad como costos de terceros, en los que se individualizan los pagos por tareas particulares, máxime si se tiene en cuenta que, contrario a aquella declaración, uno de los trabajadores de ese centro vacacional se encuentra inmerso dentro de la nómina administrativa, como lo aceptó el representante legal en el interrogatorio de parte.

En ese contexto, contrario a lo señalado por el Tribunal no existe prueba contundente que demuestre el error trascendente en la decisión del Ministerio del Trabajo, sobre la cual pudiese apartarse de la calificación de despido colectivo efectuada en el marco del artículo 67 de la Ley 50 de 1990 y

40 del Decreto 1469 de 1978, carga probatoria que, se insiste, correspondía a la empresa.

Efectivamente, para la Corporación obra confesión y prueba documental calificada (auténtica proveniente de la parte demandada), inadvertida por el Tribunal, que deja ver que la vinculación laboral de los señores Jaime Hernando Sánchez Acosta y Evelio Rodríguez Agredo se dio, aunque de manera retroactiva, con posterioridad al periodo de que trata el numera 4º del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, esto es, para el caso, de junio a diciembre de 2011.

Sin costas en el recurso extraordinario dada su prosperidad.

## **X. SENTENCIA DE INSTANCIA**

La juez de primera instancia absolvió de las pretensiones de la demanda, por considerar que no existió un despido colectivo, toda vez que no hubo una reducción del personal del 30 %, en el término de seis meses, como lo exige el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, en razón a que, a pesar de que fueron despedidos cinco trabajadores, se reemplazaron por la empleadora.

La demandante apeló diciendo que el despido colectivo no está condicionado a la reducción de los cargos y que en el caso se cumplen los presupuestos de la norma para declarar la ineficacia del pretendido.

Con sujeción al principio de consonancia del artículo 66A del CPTSS, la Sala decidirá la alzada.

Para el efecto, resultan suficientes las razones expuestas en casación para revocar el primer fallo, con la precisión de que el condicionamiento expuesto por la primera juez, de tipo jurídico, para la procedencia del despido colectivo, resulta equivocado, atendiendo la finalidad protectora al derecho a la estabilidad en el empleo de los trabajadores.

Ello es así, pues la norma en parte alguna condiciona la calificación y/o declaratoria del despido colectivo a la reducción de personal dentro de la empresa, en tanto que el numeral 4º del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, previó como presupuesto de su ocurrencia la afectación a un número de trabajadores vinculados con contrato de trabajo al empleador, pues lo que busca el precepto es proteger, se insiste, la estabilidad laboral del personal adscrito a ese dador del empleo y limitar de manera razonable la facultad que tiene de terminar unilateralmente y sin causal legal ni justa, esos vínculos laborales.

Admitir lo contrario implicaría que los empleadores pueden despedir, incluso, a todo su personal, siempre que sea reemplazado, planteamiento que va en contravía de los principios y normas constitucionales que regulan el derecho social, suficientemente explicados en sede extraordinaria, así como de las obligaciones que tiene el Estado de protección y garantía de los derechos de los trabajadores.

Precisa la Sala, para mayor claridad, que existen diferencias entre la ocurrencia del despido colectivo, las causas que dan lugar a la autorización administrativa para que se lleve a cabo válidamente y los efectos de la pretermisión de esa exigencia.

En efecto, lo primero requiere el despido injusto de un número determinado de trabajadores, según la población total de vinculados mediante contrato de trabajo al empleador, en el caso, el 30 % y que se lleve a cabo en el lapso de seis meses (numeral 4º del artículo 67 de la Ley 50 de 1990).

Esto, independientemente de que exista o no autorización del Ministerio del Trabajo, pues el cumplimiento de dicha exigencia es determinante en los efectos jurídicos de la ocurrencia del despido colectivo, es decir, para su validez o ineficacia, conforme al numeral 5º, *ibidem*, en armonía con el primero.

Ahora, las causas que pueden dar lugar a la autorización de esa decisión patronal, son las previstas en el numeral 3º, *ib* y, para los asuntos derivados de fuerza mayor o caso fortuito, los del numeral 2º, *ibidem*.

En ese contexto, la Sala colige que la primera juez confundió las causas que dan lugar a la autorización del Ministerio para llevarse a cabo válidamente el despido colectivo, con el instituto jurídico de protección al trabajo,

que, como se ha venido ampliamente explicando, tiene fuente normativa legal, pero garantiza reglas constitucionales de gran trascendencia para el Estado Social y Democrático de Derecho.

Así las cosas, se revocará la primera decisión, toda vez que existe una calificación de despido colectivo por parte del Ministerio del Trabajo, mediante Resolución n.º 002037 del 28 de septiembre de 2012 (f.º 40 a 43, *ibidem*), confirmada a través de su Homóloga n.º 00225 del 19 de febrero de 2013 (f.º 45 a 47, *ib*), debidamente ejecutoriadas, que gozan de presunción de legalidad y privilegio de ejecución, sin que se adviertan razones de derecho o de hecho, que puedan dar lugar a que la Sala se aparte y le reste efectos jurídicos, pues, por el contrario, según lo expuesto en precedencia, el material probatorio reafirma la ocurrencia de ese hecho.

Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del precepto citado, en armonía con lo expuesto por la Corte, entre otras, en la sentencia CSJ SL5005-2019, que reiteró la CSJ SL, 30 nov. 2000, rad. 14460, el despido de la demandante «[...] *no produce efecto jurídico alguno, lo que trae como consecuencia, que [...] [tiene] derecho a percibir el salario y demás acreencias laborales, tal y como lo prevé el artículo 140 del CST*», puesto que, «*así no haya prestado el servicio, pues debe entenderse que han estado con la disponibilidad de ejercer su labor, pero impedidos por culpa del empleador (ver sentencia CSJ SL, 2 dic. 1994, rad. 5584), lo cual se deriva del proceder irregular e ilegal de la empresa*».

Por consiguiente, se ordenará su reintegro al cargo de auxiliar administrativo, con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social desde el momento en que quedó cesante – 30 de junio de 2011- hasta cuando sea restituida, con los incrementos de ley.

Asimismo, se dispondrá la indexación de los valores causados y no pagados hasta el momento de su pago efectivo, con fundamento en la fórmula de índice final sobre índice inicial, por el valor a actualizar, por ser procedente tal medida al amparo de la jurisprudencia de esta Sala, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL572-2018, reiterada en la CSJ SL5163-2020.

No accederá a la imposición de la «*sanción moratoria por el no pago de las cesantías*», prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, puesto que no advierte una conducta torticera o de mala fe de la demandada en esa omisión, ya que contaba con una razón atendible para no hacerlo, como era el convencimiento de que el contrato de trabajo había finalizado el 30 de junio de 2011.

Finalmente, los resultados del presente asunto hacen improcedente el pago de la indemnización por despido injusto y, teniendo en cuenta la excepción de compensación propuesta por la accionada, se autorizará el descuento de lo pagado a la actora por ese concepto, al momento de cumplir con la presente condena.



Por lo expuesto, se declararan no probadas las excepciones propuestas, con excepción de la de compensación.

Costas procesales en ambas instancias a cargo de la convocada, a favor de la demandante.

## **XI. DECISIÓN**

A causa 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 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), en el proceso que instauró **LV** al **FONDO DE EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI- FONAVIEMCALI**.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, el 11 de junio de 2014, para en su lugar, **DECLARAR** que el despido de la señora **LV**, ocurrido el 30 de junio de 2011, es ineficaz, pues se dio en el marco de uno colectivo, sin que **FONAVIEMCALI** contara con autorización del Ministerio del trabajo.

**SEGUNDO: ORDENAR** el reintegro de la señora **LV** al cargo auxiliar administrativo, sin solución de continuidad, desde el 1º de julio de 2011, junto con el pago de salarios,

prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social, desde el momento en que quedó cesante, hasta cuando sea restituida, con los respectivos incrementos de ley.

Asimismo, deberán indexarse los valores causados y no pagados hasta el momento de su pago efectivo, en la forma indicada en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de compensación, por lo cual se **AUTORIZA** a la demandada para que descuenta de los valores adeudados, los pagos realizados por concepto de indemnización por despido injusto.

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las demás excepciones propuestas por la demandada.

**QUINTO:** Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente el Tribunal de origen.

**SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO**

**CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA**

**CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO**