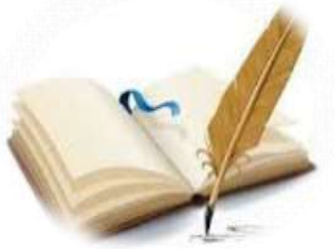

RETEN SOCIAL/ Padre cabeza de familia/ Ascendientes a cargo/ Núcleo familiar/ CAPACIDAD ECONOMICA/ *"Así las cosas, no le asiste razón al recurrente, pues no solamente le bastaba demostrar su condición de "ser cabeza de familia", sino también demostrar "no tener alternativa económica" y, por vía jurisprudencial "que con quien convive sea incapacitada física o mental o de la tercera edad....", circunstancia que no ocurrió, razón por la cual el recurso por este aspecto no sale avante."*

FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA/ Segunda instancia/ Art. 50CPTSS/ *"No obstante, en cuanto atañe a la indemnización moratoria, observa este cuerpo Colegiado, que a pesar de gozar el a quo de facultades ultra y extra petita no se pronunció, porque no se debatió en el transcurso del proceso y mucho menos en alegatos de conclusión pues las partes guardaron silencio y, como quiera que el artículo 50 del C.P.T.S.S. prohíbe a este cuerpo colegiado decisiones ultra y extra petita."*

República de Colombia

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

SALA DE DECISION LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Aprobado por Acta Nº45

REFERENCIA: ORDINARIO 2016 - 1054

DEMANDANTE: ARLEY YOBANI ARIAS APONTE

DEMANDADOS: NACION – MINISTERIO DE COMUNICACIONES y el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANANTES DE ADPOSTAL – FIDUAGRARIA S.A.-.

Tunja, Veintiocho (28) de Julio de dos dieciséis (2016).

Se decide la apelación de la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, en el proceso ordinario de la referencia.

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior, presidida por la Magistrado Ponente, con asistencia de la Secretaria de la misma, siendo las Nueve y diez minutos de la mañana (9:10a.m.), del día y hora previamente señalados, se constituye en audiencia pública, declara abierto el acto y dicta la siguiente:

S E N T E N C I A:

ANTECEDENTES:

La Demanda:

ARLEY YOBANI ARIAS APONTE, convocó a juicio a la NACION – MINISTERIO DE COMUNICACIONES y al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE ADPOSTAL – FIDUAGRARIA S. A.-, en procura del reconocimiento de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de mayo de 1997, así como su condición de cabeza de familia – hogar – en términos de normatividad que lo regula, así como que dicho vínculo laboral se

encuentra vigente como consecuencia de la ineficaz terminación del mismo por parte de la empresa ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL "ADPOSTAL", en atención a su condición de cabeza de familia – hogar-.

Solicita se le ordene al PAR para la liquidación de la empresa Administración Postal Nacional ADPOSTAL y, solidariamente a la NACION – MINISTERIO DE COMUNICACIONES, realizar las gestiones en pro de su reinstalación sin solución de continuidad en el cargo de Cartero Nivel 6 Grado 3, el cual desempeñaba o en otro de igual o superior categoría.

Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a los accionados se le cancelen los salarios, prestaciones sociales extralegales dejadas de percibir desde el 27 de diciembre de 2006, hasta que se genere su reinstalación sin solución de continuidad; que se garantice la realización de los aportes en Pensiones desde la fecha referida; que se declare que para todos los efectos de la responsabilidad, respecto de las obligaciones laborales que surjan en torno de la relación laboral, son solidariamente responsables el Patrimonio Autónomo para la Liquidación de la Empresa Administración Postal Nacional (ADPOSTAL) y la Nación, Ministerio de Comunicaciones y, finalmente se condene a los accionados a pagar los derechos laborales que resulten probados como debidos de conformidad con las facultades *ultra* y *extra petita*.

Como pretensiones subsidiarias presentó.

Que se declare que entre la Empresa Industrial y Comercial del Estado ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL – ADPOSTAL - y el demandante, existió contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de mayo de 1997 y hasta el 27 de diciembre de 2006, así como su condición de cabeza de familia – hogar – en términos de normatividad que lo regulan y, que dicho vínculo laboral terminó unilateralmente y sin justa causa por parte de aquella, en desconocimiento de su condición referida.

Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a los accionados se le cancelen los salarios, prestaciones sociales extralegales dejadas de percibir desde el 27 de diciembre de 2006, otros pagos a cargo del empleador; seguridad social y demás factores que se causaren durante el tiempo que opere entre el despido injustificado e ineficaz y hasta que se genere su reintegro; garantizar la realización de los aportes en Pensiones que se dejaron de efectuar desde la fecha referida; reliquidar la indemnización por despido unilateral y sin justa causa de conformidad con lo establecido en la clausula once de la Convención Colectiva de Trabajo 2005 – 2008.

Que se condene a los demandados a reconocer y pagar al demandante, como indemnización plena y ordinaria de perjuicios morales sobrevivientes, en las modalidades de daño moral subjetivado y objetivado a la suma de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada uno.

Además pide se conde a la parte pasiva a cancelar a título de sanción, la pensión sanción de conformidad con la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1848 de 1969, proporcional al tiempo servido, como consecuencia del despido sin justa causa.

Persigue se declare que para todos los efectos de la responsabilidad, respecto de las obligaciones laborales que surjan en torno de la relación laboral, son solidariamente responsables el Patrimonio Autónomo para la Liquidación de la Empresa Administración Postal Nacional (ADPOSTAL) y la Nación, Ministerio de Comunicaciones y, finalmente se ordene la actualización de las sumas reconocidas, así como se condene a los accionados a pagar los derechos laborales que resulten probados y debidos de conformidad con las facultades *ultra* y *extra petita* y a las costas procesales. (fls. 201 a 204)

Hechos

En concreto como sustento fáctico de las pretensiones afirma el actor que nació el 21 de enero de 1975; que laboró en la Empresa Administración Postal Nacional (ADPOSTAL), desde el 27 de mayo de 1997 y hasta el 27 de diciembre de 2006, en vigencia de un contrato de trabajo a término indefinido, siendo su último cargo el de Cartero Nivel 6 Grado 3, y su último salario $543.223; que es afiliado a la organización sindical "SINTRAPOSTAL", siendo beneficiario de las diversas convenciones colectivas suscritas entre este y la empresa ADPOSTAL; que es cabeza de familia – hogar – en atención a que sus hijos OSWALDO, SEBASTIAN y DANIEL ARIAS SANCHEZ, estos dos últimos gemelos, nacieron el 28 de julio de 2001 y el 2 de julio de 2004 y a cargo de sus padres CUPERTINO ARIAS ARIAS y TERESA DEL NIÑO DE JESUS APONTE APONTE.

Señala que mediante Decreto 2853 de 2006 el Gobierno Nacional suprimió, liquidó y disolvió la Empresa Industrial y Comercial del Estado ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL "ADPSOTAL", cuya consecuencia fue que todos los trabajadores fueron tratados como delincuentes y la toma de las instalaciones de la entidad por parte de la policía, hecho que se prorrogó mediante Decreto 3058 de 2008, hasta el 30 de diciembre de 2008.

Que mediante Decreto 4597 de 2006, se suprimeron una serie de cargos salvo los aforados y los de las personas que reunían los requisitos para disfrutar de la protección constitucional de estabilidad laboral reforzada como "reten social", en la modalidad de madres, padres de cabeza de familia – hogar y discapacitados.

Indica que en cumplimiento de los requisitos exigidos por la empresa presentó la documentación exigida en aras de acreditar su condición de cabeza de familia – hogar-, siendo excluido.

Que fue retirado el 27 de diciembre de 2006, descociéndose la estabilidad laboral reforzada por ser cabeza de familia – hogar, sin consideración a la misma y a su condición de trabajador, sin solicitar permiso previo al Ministerio de protección Social y sin consultar a la organización sindical "SINTRAPOSTAL", recibiendo a cambio una indemnización que no corresponde a los verdaderos alcances pactados en la convención colectiva 2005 – 2008.

Afirma que se destacó por su excelente desempeño laboral, por cumplir fielmente sus funciones asignadas por sus superiores, pues no fue objeto de llamados de atención, al contrario a su hoja de vida se insertadoron memorandos de felicitación y resoluciones de reconocimiento como trabajador de la administración.

Señala que mediante contrato de fiducia 31917, suscrito entre la Fiducia "La Previsora S.A." se conformó el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Adpostal en Liquidación, el cual asumió las obligaciones legales, entre otras las laborales, que Adpostal en Liquidación tenía antes y después del proceso liquidatario, el que culminó con la generación de la supuesta acta final de liquidación de la Empresa Industrial y Comercial del Estado "ADPOSTAL", el 30 de diciembre de 2008, data para la cual y aún hoy día la personería jurídica del Sindicato "SINTRAPOSTAL", se encuentra vigente.

Y finalmente expone que mediante escrito de reclamación administrativa, pidió el respeto y primacía de sus derechos, frente a los cuales hoy se invoca la protección judicial. (fls. 201 a 226)

Contestación de la demanda.

Ministerio de Comunicaciones.

Por intermedio de apoderado judicial contestó demanda. Se opuso a la

totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos de su gran mayoría dijo que no le consta y tuvo como ciertos algunos.

Propuso como excepción previa la de "FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACION ADMINISTRATIVA" y de fondo las que denominó: "FALTA DE ELEMENTOS QUE DEMUESTREN LA SOLIDARIDAD DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES EN CUANTO A LAS DECLARACIONES E INDEMNIZACIONES PEDIDAS" y "FALENCIA DE ELEMENTOS CONTRA EL MINISTERIO DE COMUNICACIONES". (fls. 246 a 257).

Patrimonio Autónomo de Remanentes de Adpostal en Liquidación PAR – ADPSOTAL EN LIQUIDACION.

A través de la Fiduciaria de Desarrolló Agropecuario S .A. FIDUAGRARIA S. A.., quien actúa como vocera y administradora de la entidad demandada y mediante apoderada judicial contestó demanda. Se opuso a la totalidad de las pretensiones del actor por carecer de fundamentos legales y de hecho; en cuanto a los hechos de su gran mayoría dijo que no son ciertos, que lo le consta y, tuvo como ciertos algunos.

Propuso como excepciones de fondo las que bautizó como: "FALTA DE LOS PRESUPUESTOS DE HECHO Y DE DERECHO PARA SER BENEFICIARIO DE LA CONDICION DE PADRE DE CABEZA DE FAMILIA Y PERTENECER AL RETEN SOCIAL", "FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA", "INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE ADPOSTAL EN LIQUIDACION Y FIDUAGRARIA S. A.", "INEXISTENCIA DE SUSTITUCION PATRONAL", "PAGO", "COMPENSACION", "BUENA FE", "PRESCRIPCION", "IMPOSIBILIDAD JURIDICA Y MATERIAL PARA ORDENAR UN REINTEGRO A UNA ENTIDAD INEXISTENTE", "Legalidad de la terminación del contrato de trabajo" y la de "DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES DE CARACTER GENERICO". (fls. 490 a 508)

Providencia impugnada:

El Juzgado Segundo Laboral de la ciudad, declaró que entre "ARLEY YOBANI ARIAS APONTE como trabajador y la ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL ADPOSTAL, EXISTIO UN CONTRATO DE TRABAJO a término indefinido vigente entre el 27 de mayo de 2997[1] hasta el 27 de diciembre de 2006, el cual terminó de manera unilateral por parte de la demandada con ocasión dela liquidación dispuesta por el Gobierno Nacional." (sic); condenó al "PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE ADPOSTAL a pagar al demandante por la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato la suma de $10.673.994 la cual deberá ser indexada desde el 27 de diciembre de 2006 hasta cuando se efectué su pago." (sic); declaró la "prosperidad de de la excepción propuesta por parte de la demandada "FALTA DE LOS PRESUPUESTOS D HECHO Y DE DERECHO PARA SER BENEFICIARIO DE LA CONDICION DE PADRE DE CABEZ DE FAMILIA Y PERTENECER AL RETEN SOCIAL" (- sic – fls. 369 a 360)

Recurso de apelación.

Inconformes con la decisión interponen recurso la demandada Fiduciaria de Desarrolló Agropecuario S. A. FIDUAGRARIA S. A., vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Adpostal en Liquidación PAR – ADPSOTAL EN LIQUIDACION y el demandante.

Parte demandante.

Pretende se revoque la decisión y en su lugar pide se adicione la sentencia recurrida ordenando la actualización de las condenas impuestas a la entidad demandada en los términos de la pretensión 7ª principal y 1.10 subsidiaria y, finalmente reclama se ordene la indemnización moratoria en los términos de la Ley 797 de 1949.

[1] Entiende la sala que se trata del año de 1997

Manifiesta que el a quo en su decisión hizo referencia a la condición de padre cabeza de familia, en relación de los hijos menores o mayores de edad, más no respecto de sus padres CUPERTINO ARIAS ARIAS y TERESA DEL NÑO DE JESUS APONTE, personas incapacitadas para trabajar por la edad, quienes como quedó acreditado probatoriamente, con las certificaciones expedidas por CAPRECOM y la EPS SANITAS, así como las declaraciones de OSCAR GONZALEZ ROJAS y JOSE FREDY POVEDA, señalaron aquellas responsabilidades que como cabeza de familia le asisten respecto de sus progenitores, quienes dependían económicamente de él y vivían bajo el mismo techo.

Que habiendo personas dependientes incapacitadas para trabajar, se cumple con los requisitos para efecto para adquirir la protección especial establecida como consecuencia de la condición de ser cabeza de familia –hogar, sin que resulte jurídicamente admisible en defensa de aquellos, su exclusión bajo el argumento de que a su esposa le fue reconocida tal condición en relación a sus hijos menores de edad; que uno es el rango de responsabilidades y obligaciones alimentarias frente a los hijos y otro frente los padres, quienes en este caso determinaban su dependencia absoluta y no así respecto de su esposa quien le asiste responsabilidad respecto de sus hijos.

Que el apoderado General de la liquidación de ADPOSTAl, no podía desconocer que tiene derecho a permanecer en el cargo, porque la normatividad que regula el asunto, no define lo que debe entenderse por personas incapacitadas para trabajar, cuando alude a la definición de la expresión "Mujer Cabeza de Familia", luego aquel no puede entender excluidas de la protección prevista en el art. 12 de la Ley 270 de 2002 a las madres o padres cabezas de familia de hijos menores de 18 años y menores de 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o de los padres como es su caso.

Indica que al ser padre de cabeza familia, goza de la estabilidad laboral reforzada, condición que las demandadas pretenden evadir, pues ostenta los requisitos fijados para tal efecto por las diferentes sentencias de la Honorable Corte Constitucional a saber: que sus padres son personas de la tercera edad y para la época vivían y dependían económicamente del recurrente; que ha sido la persona que ha asumido de manera exclusiva, efectiva y cumplida las obligaciones de apoyo y cuidado; que carece de alternativa económica, pues solo contaba con los ingresos que como salario percibía de ADPOSTAL y, finalmente que presentó ante ésta reclamación de sus condición de padre de familia en reiteradas ocasiones, donde expuso cada uno de los requisitos para tal efecto, requisitos que reposan en su hoja de vida de conformidad con el artículo 13.1. del Decreto 190 de 2003.

En cuanto a la reliquidación de indemnización convencional, por despido unilateral y sin justa causa, señala que no se ordenó su actualización a valor presente de conformidad con las pretensiones de la demanda.

De la pensión sanción, en concreto, señala que la misma se propicia en tanto resulte declararse la ineficacia en cuanto a su despido se refiere, pues es allí en donde se reúnen los requisitos para su prosperidad, es decir, que al momento de ser reconocida la condición de cabeza de familia acorde con el tiempo adicional que para la estabilidad laboral preceptúa el ordenamiento laboral a su favor.

En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria, indica que se debe cancelar como consecuencia de los valores adeudados como se plantea en las pretensiones de la demanda como es el pago de las diferencias que por indemnización por despido injustificado le correspondan, la que se materializó cuando su indemnización en parte le fue cancelada hasta el año 2006, cuando su contrato de trabajo como lo

afirmó en los hechos de la demanda cobró vigencia hasta el 27 de diciembre de dicha anualidad.

Cita aparte jurisprudenciales y normativos. (fls. 663 a 670)

Parte demandada - Fiduciaria de Desarrolló Agropecuario S .A. FIDUAGRARIA S. A., vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Adpostal en Liquidación PAR – ADPSOTAL EN LIQUIDACION.

Persigue se revoque la decisión y en su lugar se niegue la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato, así como el porcentaje de la condena en costas y agencias en derecho que le fue impuesta.

Afirma que la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato al demandante, en manera alguna vulnera los derechos del demandante, pues se liquidó y pagó de manera oportuna, conforme a las disposiciones legales y aplicables al caso y a la Convención Colectiva, como se hizo con todos los trabajadores; que acceder a dicha reliquidación bajo el criterio de favorabilidad y bajo el principio de la interpretación gramatical de una norma conforme lo establece la real academia, es una interpretación que desborda los límites legales para su cálculo, además de afectar los derechos patrimoniales y recursos que son Estatales para beneficiar a una sola persona.

Se duele por con la liquidación del 20% que hace de las agencias de derecho, por cuanto es un porcentaje muy alto ante la prosperidad parcial de una de las pretensiones, en caso de llegar a prosperar, este porcentaje debe guardar proporcionalidad y razonabilidad en su determinación en caso de una eventual condena. (fls. 661 y 662)

Actuación de Segunda Instancia.

Surtida la etapa reglada en el artículo 82 del CPTSS, tan solo se pronunció la parte demandante. (fls. 8 a 11 del cuaderno del Tribunal).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los puntos sobre los cuales se ha de pronunciar la Sala en observancia del artículo 35 de la Ley 712 de 2001 que adicionó al CPTSS el artículo 66 A, son aquellos que fueron materia del recurso.

Conforme a ello, la revisión de la sentencia, en este caso, por virtud del recurso se centra para la parte demandante, en establecer si tiene derecho a la actualización de la reliquidación de la indemnización convencional en la forma solicitada, si ostenta o no la condición de "Cabeza de familia –hogar", y como consecuencia de ello a la reinstalación y posteriormente pago de la pensión sanción y, finalmente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria; para la parte demandada si se debe negar o no la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato y, determinar si el porcentaje de la condena en costas y agencias en derecho que le fue impuesta está o no acorde.

Parte demandante.

De la actualización de la reliquidación de la indemnización convencional en la forma solicitada.

Señala el recurrente que el a quo ordenó la indexación de la reliquidación de la indemnización convencional, sin embargo, esta no se hizo en la forma solicitada.

A folios 202 y 204, se observan las pretensiones 7ª principal y 1.10 subsidiaria, por medio de las cuales el demandante solicita "Ordenar la actualización de todas las sumas de dinero que resulten a favor de mi poderdante en la respectiva sentencia"; en el numeral segundo de la parte resolutiva de la

sentencia impugnada, el juzgado, respecto de la indemnización señaló "… la cual deberá ser indexada desde el 27 de diciembre de 2006 hasta cuando se efectúe su pago:" (fl. 660)

Encuentra la Sala que la indexación reconocida se encuentra ajustada, como quiera que el demandante y contrario a lo afirmado en esta instancia no solicitó que dicha actualización le fuera otorgada de forma detallada, luego no se ha omitido de manera parcial lo pedido, precisamente porque la indexación en términos de la Sentencia 00161 de mayo 13 de 2010, MP Edgardo Villamil Portilla) hace referencia a la actualización de la deuda a valores reales actuales, ya que el valor inicial de la deuda ha sido afectado por la pérdida del valor de la moneda (inflación) con el paso del tiempo, como acertadamente la ordenó el juzgado, razón por la cual el recurso por este aspecto no sale avante.

De la condición de "Cabeza de familia –hogar"-.

Sostuvo el a quo que el núcleo familiar del cual hacen parte los progenitores del recurrente, cuenta con una alternativa económica que es el de su cónyuge, a quien se le reconoció el reten social descartándose la inexistencia de alternativa económica, así como tampoco se probó discapacidad física o moral del demandante y de su esposay, finalmente el reten social a voces de la jurisprudencia constitucional exclusivamente tiene como fundamento la protección de los derechos de los niños, sin que se pueda predicar tal beneficio para sus progenitores.

Manifiesta el recurrente que existe desconocimiento de su condición como padre cabeza de familia – hogar -, respecto de sus padres CUPERTINO ARIAS ARIAS y TERESA DEL NÑO DE JESUS APONTE, personas incapacitadas para trabajar por ser de la tercera edad, quienes dependían económicamente de él y vivían bajo el mismo techo, sin que se puede

entender excluidas de la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 270 de 2002 y menos su exclusión bajo el argumento que a su esposa le fue reconocida tal condición en relación a sus hijos menores de edad, siendo su esposa a quien le asiste responsabilidad de estos.

Se tiene que mediante la expedición de la Ley 790 de 2002, se emprendió un programa de renovación y reestructuración de la Rama Ejecutiva, con el fin de cumplir los fines del Estado, en un marco de sostenibilidad financiera. El artículo 12 de la mencionada norma, estableció una estabilidad laboral reforzada para "las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley".

Posteriormente, en virtud de la sentencia C-1039 de 2003 se consideró respecto de los padres cabeza de familia, sin alternativa económica. La Corte Constitucional haciendo una interpretación sistemática del artículo 13 de la Constitución en concordancia con el 43 en virtud de los cuales el "*Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia*", consideró necesario extender dicha protección especial a los "*hombres cabeza de familia*", **bajo el entendido que lo que se quería proteger era la infancia y el núcleo familiar** que dependieran de ellos y, concedió la protección de los derechos fundamentales solicitada por todos aquellos que ostentando tal calidad y habiendo interpuesto sendas tutelas para que las reintegraran a TELECOM le fueron negadas por los jueces de instancia con el argumento de la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa.

Ahora bien, corresponde a la Sala recordar la normatividad sobre **la condición de beneficiario del Reten Social. -**La norma cuya aplicación se invoca, (ley 790 de 2002) dispone:

"De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley"

Dicha norma fue reglamentada mediante el Decreto 190 de 2003, que en su artículo 12 dijo: "*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública* ***no podrán ser retirados del servicio las madres cabeza de familia sin alternativa económica,*** *las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1 del presente Decreto"*

Y, se consagra en el artículo 14: "*En todo caso, la estabilidad laboral cesará una vez finalice el Programa de Renovación de la Administración Pública, conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto*".

Respecto de la decisión del a quo de no ser tenido en cuenta en el Reten Social como padre cabeza de familia, por contar con capacidad económica, la Sala revisará si el interesado cumple con el requisito para ser catalogado como tal, según lo ha determinado algunos criterios en las jurisprudenciales. Es como así como en las Sentencias SU-388 y SU 389 se exigió para acceder al renombrado reten social: " *i) Que sus hijos menores o mayores discapacitados estén a su cuidado, vivan con él, dependan económicamente de él, que el reclamante sea quien les brinde el*

cuidado...; ii) Que no tenga alternativa económica y que con quien convive sea incapacitada física o mental o de la tercera edad... ;iii) Que se declare ante Notario la condición y circunstancias básicas de su caso" (Art. 2 Ley 82 de 1993).

Según el precepto contenido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 no implica solo demostrar la condición de "*ser cabeza de familia",* se requiere comprobar además "*no tener alternativa económica" y, por vía jurisprudencial "que con quien convive sea incapacitada física o mental o de la tercera edad....*"

Observa la Sala que el demandante pretende fraccionar el núcleo familiar en dos, uno integrado por él, su esposa y sus hijos y, otro compuesto por aquel y sus progenitores, circunstancia que además de sorprender resulta una fragrante vulneración de la Constitución Política, la jurisprudencia y la ley.

Es así como la Ley 294 de 1996 Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política, en su artículo 2º señala quienes integran la familia:

> "ARTÍCULO 2o. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.
>
> Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:
>
> a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
> b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
> **c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;**
> **d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica**". (Negrillas fuera de texto)

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T – 070 de 2015, citada por el a quo, respecto de la familia señaló que es: "… *aquella comunidad de*

personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos…"

Contario a lo manifestado por el demandante, está probado dentro del expediente que CUPERTINO ARIAS ARIAS y TERESA DEL NIÑO DE JESUS APONTE, progenitores del demandante conviven bajo el mismo techo, junto con la esposa e hijos de éste, en una casa habitación ubicada en el barrio San Francisco de la ciudad de Tunja, por lo que sin duda alguna y de acuerdo con la norma y jurisprudencia transcrita formaban un solo núcleo familiar y, no como lo quiere hacer ver aquel, al escindir la familia, como ya se dijo.

Revisado el expediente no hay prueba que CUPERTINO ARIAS ARIAS y TERESA DEL NIÑO DE JESUS APONTE, ostentaran incapacitada física o mental, tampoco se puede decir que formaran parte de personas de la tercera edad, pues tal argumento no es cierto, ya que para la fecha en que fue retirado ARLEY YOBANY ARIAS APONTE, 27 de diciembre de 2006, aquellos tenían 63 años de edad[2], luego no podían ser catalogados en tal condición, toda vez, que la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T - 138 de 2010, estableció que la tercera edad empieza a los 72.1 años para los varones y a los 78.5 años para las mujeres, al respecto dijo: "…*persona de la tercera edad es quien tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia*".

De igual forma quedó establecido que MARIA NELLY SANCHEZ MATEUS, esposa del demandante y quien para la fecha de la toma y liquidación de ADPOSTAL, era trabajadora a la par con el demandante en esta y a quien le fue reconocido el reten social, continuó laborando y por ende percibiendo salario y las restantes prestaciones sociales, es decir, la familia

[2] Fls. 5 y 7

ARIAS SANCHEZ gozaba de una entrada económica, lo que derrumba la inexistencia de otra alternativa económica que aduce el recurrente.

Así las cosas, no le asiste razón al recurrente, pues no solamente le bastaba demostrar su condición de "ser cabeza de familia", sino también demostrar "no tener alternativa económica" y, por vía jurisprudencial "que con quien convive sea incapacitada física o mental o de la tercera edad....", circunstancia que no ocurrió, razón por la cual el recurso por este aspecto no sale avente.

La Sala por sustracción de materia no estudiará el punto de apelación del reconocimiento y pago de la pensión sanción.

Del reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Reclama el demandante en el recurso de alzada el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, como consecuencia de los valores adeudados, como es el pago de la diferencia que por indemnización por despido injustificado le correspondan.

De una simple observación, encuentra la Sala, que lo pedido se halla inmerso en las pretensiones 6 y 1.9 (principal y subsidiaria) del líbelo de la demanda (fls. 201 a 204), correspondientes a todos los demás derechos que resulten probados a favor del apelante de conformidad con las facultades ultra y extrapetita.

No obstante, en cuanto atañe a la indemnización moratoria, observa este cuerpo Colegiado, que a pesar de gozar el *a quo* de facultades ultra y extra petita no se pronunció, porque no se debatió en el transcurso del proceso y mucho menos en alegatos de conclusión pues las partes guardaron silencio y, como quiera que el artículo 50 del C.P.T.S.S. prohíbe a

este cuerpo colegiado decisiones ultra y extra petita, circunstancia que de antaño ha sido abordada por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral V. gr. Sentencia de 5 de junio de 1995 – expediente 7326 – M.P. Dr. JORGE IVAN PALACIO, la Sala se releva de su estudio. Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral V. gr. Sentencia de 5 de junio de 1995, expediente 7326. M.P. Dr. JORGE IVAN PALACIO, pronunciamiento que este Cuerpo Colegiado ha acogido, además en otra sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, radicado 43673 del 21 de agosto de 2013, MP Rigoberto Echeverri Bueno.

Parte demandada.

Acceder o no la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato.

Sin mayores soportes jurídicos, afirma que la liquidación de la indemnización por terminación del contrato al demandante se pagó de manera oportuna y conforme a las disposiciones legales y aplicables al caso y a la Convención Colectiva; que acceder a dicha reliquidación bajo el criterio de favorabilidad y bajo el principio de la interpretación gramatical de una norma conforme lo establece la real academia, es una interpretación que desborda los límites legales para su cálculo, además de afectar los derechos patrimoniales y recursos que son Estatales para beneficiar a una sola persona.

Teniendo cuenta que ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL ADPOSTAL dio por terminado el contrato de trabajo de ARLEY YOBANI ARIAS APONTE, el a quo condenó al pago de la reliquidación de la indemnización Convencional por despido unilateral y sin justa causa, en aplicación de la interpretación que de la norma hizo el Despacho, tomando como soporte la respuesta a la consulta emitida por la Academia de la lengua en

correspondencia al principio de favorabilidad al trabajador en la interpretación de las fuentes formales del derecho.

Encuentra la Sala que la reliquidación de la indemnización Convencional por despido unilateral y sin justa causa a favor del demandante, es un derecho que le asiste al demandante no solo en aplicación al principio de favorabilidad al trabajador sino también a los principios laborales de la condición más beneficiosa y la progresividad, acorde con el concepto emitido por la Real Academia de la Lengua el 1° de octubre de 2003 suscrito por el Dr. HORACIO BEJARANO DÍAZ en su calidad de Secretario Ejecutivo y en donde se indicó:

*"De las dos posibles explicaciones anotadas, la correcta es la segunda, esto es: El trabajador que tenga más de un (1) año de labores continuas y menos de cinco (5) recibirá sesenta (60) días de salario, por indemnización, por cada uno de los años subsiguientes al primero, pues la norma es muy clara: "(…) se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos…". Aquí la preposición "**sobre"** significa "además de" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 22ª ed. Madrid; Espasa Calpe, 2001 pág. 1410). Ejemplos:*

a)"Pagaré un millón más sobre lo acordado" (Diccionario Salamanca de la lengua española, pág. 1474)

b)"Pagó un plus sobre el total por excederse en el tiempo de aparcamiento" (Gran diccionario de la lengua española, pág. 1623)

***Conclusión:** A los cuarenta y cinco (45) días de salario que le corresponden al trabajador pon un tiempo de servicio no mayor de un año se le suman*

los quince (15) días adicionales para un total de sesenta (60), y así en todos los casos proporcionalmente por fracción. "(Subraya de la Sala)[3]

El citado concepto que precisamente se refiere a un caso específico de indemnización convencional, señala de forma clara el entendimiento que debe darse a la palabra ***sobre*** incluida en el literal c del artículo 65 de la Convención Colectiva de Trabajo visible a fl. 85.

Respecto al principio de favorabilidad, la Corte Constitucional en Sentencia T – 800 de 1999 señaló que.

> "*Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez. Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos. El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente. No ha dudado la Corte en afirmar que toda transgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso.*

Y referente al principio de la condición más beneficiosa ha señalado la citada Corporación Constitucional que "*de conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o*

[3] Fls. 100 y 101

interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador"[4].

Considerando de igual forma al respecto *"que la 'condición más beneficiosa' para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal", por el cual se determina "en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador"*[5]

Sostiene el Alto Tribunal que en caso de duda sobre la aplicación de una norma *"la que deberá resolverse de manera que produzca los efectos más favorables al trabajador será aquella duda respecto del entendimiento o inteligencia de la norma jurídica que resulte de las diferentes interpretaciones que el juzgador encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, pero no la que, para un propósito determinado se le pueda presentar a alguna de las partes comprometidas o a los interesados en el resultado del proceso"*[6]

En ese orden de ideas no encuentra la Sala razones suficientes para revocar la re liquidación a la indemnización por terminación del contrato al trabajador.

Del monto de la condena en agencias en derecho.

Discrepa la recurrente del monto de la condena que por agencias en derecho le fue impuesta.

[4] Sentencia C-168 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz
[5] C- 168 de abril 20 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
[6] Sala Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, Radicación 4929 del 4 de septiembre de 1992.

La Sala advierte que conforme al Código General de Proceso en su articulado 365 y ss., este no es el momento procesal para discutir la fijación de agencias en derecho. Al respecto se cita:

> "Artículo 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: (…)
>
> **5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo**." (Negrillas y subrayado fuera de texto)

En ese orden de ideas la sentencia recurrida será confirmada en su integridad, sin que medie condena en costas en esta instancia.

Por lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, en el proceso ordinario de la referencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente y previas las constancias secretariales, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Las partes se notifican en ESTRADOS.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina y firma por quienes en ella intervinieron.

JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA

MAGISTRADO

MARÍA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ

MAGISTRADA

FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ

MAGISTRADA

HELENA ISABEL NIÑO ROJAS

SECRETARIA