



ABUSO DEL DERECHO.

DR. FERNANDO URIBE RESTREPO: *-Magistrado Corte Suprema de Justicia*
-Vicepresidente Asuntos Sociales y Laborales
de la ANDI

EL PATRONO ES QUIEN ESTA OBLIGADO A ESPECIFICAR EL VALOR DE CADA UNO DE LOS CONCEPTOS RELACIONADOS CON LOS VIATICOS; ES DECIR: CUANTO POR MANUTENCION Y CUANTO POR ALOJAMIENTO.

Consecuencia de la falta de la anterior especificación, y se pagan los viáticos simplemente en forma genérica.

El carácter de "ocasional" no afecta la naturaleza jurídica de los viáticos, ni determinan que tengan o no el carácter de salario. . .

Abandono del cargo en términos de precisión jurídica.

Es facultad del patrono señalar la época en que el trabajador puede disfrutar de vacaciones.

No cabe duda de que las normas sobre terminación del contrato, contenidas en el Cap. VI del C.S. del T., están inspiradas por el principio básico de protección al trabajador, consagrado en los arts. 7o., 8o. y 9o. del mismo y en el art. 39 de la Constitución Nacional.

Proceso ordinario de Heriberto Portocarrero Caicedo contra Ingenio Riopaila Ltda.

Fecha: 7 de Noviembre de 1978

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Uribe Restrepo.

La sentencia acusada, conforme lo indica el recurrente, se limitó a confirmar en todas sus partes lo dispuesto por el ad-quo en cuanto a la estimación del salario. Este había dicho: Su última asignación (del demandante) según la misma constancia (fol. 109) fue de \$ 5.000.00 por sueldo mensual y por concepto de viáticos, habiendo percibido un salario promedio último de \$ 8.941.86, dato obtenido de la certificación referida" (fol. 144).

Al decidir en esta forma no violó el ad-quem el art. 130 del C.S.T. en concepto de la Sala; pues si bien es cierto dicha norma en su primer párrafo establece que "los viáticos constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento", pero no en cuanto estén destina-

dos a proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación, en su segundo aparte dispone expresamente: "Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos". (subraya la Sala).

Obviamente es el Patrono quien está obligado a cumplir este mandato legal, especificando en cada caso la parte de los viáticos que son salario, por estar destinados a proporcionar manutención y alojamiento, y la parte precisa de viáticos que no son salario por tener como finalidad proporcionar medios de transporte y gastos de representación.

En el presente caso se pagaron "viáticos" simplemente, en forma genérica, sin discriminación de ninguna clase, según documento emanado de la misma sociedad demandada, en el cual se basó la sentencia de los falladores de instancia (fl. 109). En estas condiciones no se aplica indebidamente el artículo 130 del CST., si el sentenciador se abstiene de excluir del salario suma alguna por concepto de viáticos que no tengan el carácter de tal, cuando ha sido el mismo patrono quien se abstuvo de hacer esta discriminación expresa, conforme lo manda la misma norma, a manera de condición para que un pago en efectivo que recibe el trabajador, y que por tanto en principio es salario, o se presume serlo, deje de tener tal carácter en virtud de la constancia exceptiva, expresa y parcial, que permite la ley.

Observa además la Sala que el cargo, tal como se propone, corresponde a la modalidad de interpretación errónea y no a la de "Aplicación indebida", pues como la ha precisado la jurisprudencia, aquella se produce por la apreciación equivocada del contenido de la norma, independientemente de toda cuestión de hecho, y tal es el ataque aquí propuesto. La aplicación indebida, en cambio, supone el recto entendimiento de la norma la cual sin embargo se utiliza desacertadamente.

El recurrente en el presente caso alega en realidad la interpretación errónea del artículo 130 del CST. en cuanto se refiere a viáticos que no son salarios pero que el sentenciador tuvo por tales. Este erróneo entendimiento habría llegado, entonces sí, a la aplicación indebida de las otras normas citadas.

Por las razones anteriores el cargo no prospera.

Acepta el recurrente que la demandada pagó al actor los viáticos que tuvo en cuenta el ad-quem. Considera sin embargo mal apreciadas las probanzas que se refieren a dicho pago, pues de ellas no se deduce cuáles viáticos eran salario por estar destinados a manutención y alojamiento, ni cuáles no lo eran por cubrir transporte y gastos de representación. Propone por el contrario la presun-

ción de que los viáticos correspondían todos a transporte por tratarse de viajes ocasionales entre dos dependencias de la empresa.

Observa la Sala que en el fondo de este ataque está implícita la cuestión de carga de la prueba. Se demostró a cabalidad el pago de determinadas sumas por concepto de viáticos, y este hecho no se discute en el recurso. Sin embargo resulta claro, de acuerdo con el correcto entendimiento del art. 130 del CST, a que se refiere el análisis del cargo anterior, que era a la empresa demandada a quien correspondía demostrar qué parte del pago no era salario por corresponder a viáticos destinados expresamente a gastos de transporte y representación.

Las pruebas documentales citadas no arrojan luz sobre esta necesaria especificación, y por tanto se las puede considerar mal apreciadas.

En cuanto al testimonio citado, de Gustavo Adolfo Isaza Ruiz, Jefe de Relaciones Industriales de la empresa demandada, observa la Sala que es igualmente equívoco o ambiguo, y que en consecuencia tampoco fue mal apreciado. Dijo el deponente, a este respecto:

“ (él, Portocarrero Caicedo) recibía viáticos, los que eran eminentemente ocasionales pues sólo se le pagaban cuando él venía a Cali a prestar una ayuda, aclara el cargo de Jefe de Compras de Maquinaria, era encargado”.

Ahora bien: el carácter de “ocasional” no afecta la naturaleza jurídica de los viáticos, ni determina que tengan o no el carácter de salario. Únicamente las sumas que “ocasionalmente y por mera liberalidad” reciba el trabajador, y lo que reciba “no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones”, no constituyen salario de acuerdo con los artículos 127 y 128 del C. S. T. Los pagos a que se refiere en las pruebas documentales y el testimonio, que se dicen mal apreciados, no corresponden inequívocamente a tales conceptos y en consecuencia tales pruebas no fueron incorrectamente apreciadas.

Ha entrado la sala a la consideración del citado testimonio para analizar el problema con mayor amplitud, a pesar de tratarse de una prueba no calificada para casación y que no tenía porque estudiarse en este fallo, ya que tampoco se encontró error manifiesto en relación con las pruebas calificadas, conforme antes se explicó.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

No viene al caso estudiar el alcance de la causal consistente en “el sistemático incumplimiento de obligaciones convencionales y legales”, analizada en primer lugar por el recurrente, pues tanto él como los falladores de instancia se refieren básicamente al “abandono del puesto” con apoyo en la carta de despido (fl. 4). No es pertinente por tanto el primer argumento presentado al sustentar el cargo, con base en el art. 7o. aparte 10o. a) del D. 2351/65.

Sobre la alegada causal consistente en “abandono del puesto” dijo el ad-quem:

“Finalmente el llamado abandono del cargo, en términos de precisión jurídica, no sería tal pues el marginamiento no fue regular y definitivo: adquirió más bien perfiles de falta de trabajo, pues como bien lo acepta la empresa, **Portocarrero** regresó el 27 de Diciembre. Entonces debemos establecer si la actitud del demandante configuró prohibición, falta injustificada o sin permiso del patrono. La falta ciertamente fue paladina, tal como lo acepta el propio actor, pero ella no constituye rígida prohibición porque es factible obtener franquicia patronal, como sucede tantas veces. Pudo tener justificación, si se advierte los compromisos adquiridos por el trabajador con la agencia de viajes Pinedo; que obedecieron a la costumbre empresarial de otorgar vacaciones a determinados funcionarios en época navideña. Nos mueve a reflexión al haberse viajado obviamente con ausencia del trabajo sin permiso patronal. Sabemos que PORTOCARRERO lo solicitó a su jefe inmediato Dr. JOSE FERNANDO PARRA, en los términos de que da cuenta la comunicación de fol. 9, que el propio destinatario acepta haberla recibido, con resultados negativos para el solicitante, originándose así el mal llamado abandono del puesto. En manera alguna pretendemos auspiciar un procedimiento reñido con la prohibición legal de la aquiescencia patronal para el permiso; lo que seriamente llama la atención de la Sala, como la llamó del ad-quo, es la falta de proporcionalidad entre la falta cometida, por el desobedecimiento y la medida radical adoptada, pues no se compadece con la trayectoria del trabajador de casi 15 años de labores, los magníficos antecedentes laborales que la misma empresa reporta, para de un tajo fenecer una relación de trabajo, que ha podido transitar caminos de sensatez, de aplomo, reflexión y justicia. Un apercibimiento, una multa, una suspensión, hubieran podido ser medidas cautelares aconsejables, antes que fulminar un despido de un servidor de las calidades que hablan los autos, merecedor de algún tratamiento preferencial, para atender las razones del permiso”.

Las circunstancias que han rodeado el presente caso, lo distancian de la justificación patronal, ubicándola dentro de medidas excesivas de inusitada drasticidad, que por ser tal devienen injustas, con las consecuencias indemnizatorias de que da cuenta la sentencia”.

Observa la Sala, en primer lugar, que la prohibición legal a los trabajadores de "faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del Patrono excepto en los casos de huelga. . ." (CST. , art. 60), cuando es violada, lo mismo que el quebrantamiento de las demás obligaciones y prohibiciones especiales, que incumben al trabajador, únicamente constituyen justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del patrono cuando tal violación tiene la calidad de grave (D. 2351 de 1965, art. 7o.). El juzgador ha de tener necesariamente libertad para apreciar esta calidad de grave, sin apartarse de los hechos, conforme reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia.

En la sentencia acusada no se tergiversaron ni adulteran en ningún momento los textos legales en el ataque, ni se les interpreta por vía general por fuera de su sentido natural y obvio, a juicio de la Sala. Ocurre sí que tanto el Tribunal como el Juez de la primera instancia, encontraron aspectos, circunstancias o modalidades en el caso concreto subjúdice, de tanto peso para ellos que los llevaron a aplicar en tal coyuntura las normas que se dicen violadas, teniendo en cuenta hechos comprobados que le restan transcendencia a la falta cometida, según apreciación que esta Sala comparte.

Encuentra el juez circunstancias que le restan gravedad a la falta "que no tenía la entidad necesaria para justificar el despido, "que obliga a valorar con menos rigor y severidad la falta (fl. 146). En un todo de acuerdo con esta valoración judicial, el Tribunal halla que no había "rígida prohibición", que "hubo falta de proporcionalidad entre la falta cometida por el desobedecimiento y la medida radical adoptada" y que "la justificación Patronal (se ubica) dentro de medidas excesivas de inusitada drasticidad, que por ser tal deviene en injusta" (fls. 13 y vto. 2o. cuaderno).

O sea que los falladores de instancia de consumo, aceptan que hubo falta, pero encuentra sin embargo hechos atenuantes aptos a su juicio para concluir que tal falta no ameritaba el despido teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. No hallaron demostrada en los hechos la gravedad que la norma exige y por lo mismo la aplicaron bien, a juicio de la Sala.

-En consecuencia el cargo no prospera.

El demandante confiesa la falta cometida, consistente en haber faltado durante tres días a su trabajo, sin impedimento ni permiso, tanto en el documento auténtico de fol. 5 a 8 como en el interrogatorio de parte que obra de fols. 131 y siguientes. Como bien se sabe la confesión es indivisible y debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho

confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúa, conforme lo establecido en el art. 200 del CPC.

Ahora bien: fueron precisamente las explicaciones que de su conducta dió el trabajador despedido las que sirvieron de base al ad-quem para concluir que el despido fue sanción excesiva, injusta por tanto, y que comprometía la responsabilidad de la empresa. Y esas explicaciones, lejos de haber sido desvirtuadas en el proceso, encuentran confirmación en otras pruebas que obran en autos, testimoniales e indiciarias, y que el sentenciador apreció en conjunto, teniendo en cuenta, concordancia, su gravedad y convergencia, tal como lo ordena la ley (CPC. art. 250)

En cuanto a los buenos antecedentes del trabajador, que fue consideración circunstancial y no definitiva en la sentencia acusada pueden darse por demostrados ya que los documentos que a ellos se refieren de fls. 15, 16 y 17, se aportaron debidamente al proceso y se afirmó que provenían de la parte demandada, sin que ésta los hubiera tachado de falsos oportunamente. Constituyen por lo tanto prueba documental auténtica y admisible (C.P.C. a. 250.3o.)

No se encuentra por lo tanto ningún error de hecho manifiesto en las pruebas calificadas por ley para fundar tal clase de error para efectos de la casación. No procede en consecuencia el análisis detallado de las demás probanzas.

Si bien las anteriores consideraciones serían suficientes para decidir el cargo; estima la Sala que las circunstancias particulares del pleito ameritan un análisis más a fondo de las bases jurídicas implícitas en la sentencia acusada; y que la afianzan.

Debe tenerse en cuenta que si bien el patrono tiene facultad para señalar la época en que el trabajador puede disfrutar de vacaciones (aún oficiosamente); tal señalamiento debe tener en cuenta la efectividad del descanso y no sólo las exigencias del servicio. Quedó acreditado en autos que el trabajador planeó, preparó y dispuso su descanso vacacional, contando de buena fe y razonadamente con que podría tomarlo como en otras ocasiones en la época de navidad. La empresa sin embargo, sólo vino a definir tal situación, negativamente, en vísperas del viaje proyectado, provocando así por imprevisión o inadvertencia la conducta irregular del trabajador, que sancionó luego en forma inmediata y drástica, sin tomar en cuenta las especiales circunstancias.

Considera la Sala que el criterio de equidad que aplicó el sentenciador para resolver este caso, encaja dentro de la teoría jurídica del abuso del derecho; que constituye además principio general de interpretación de la ley, aplicable en

el campo del derecho privado y con mayor razón en el derecho laboral dado su carácter de orden público (CST. arts. 14 y 16)

Se trata como es sabido de una teoría de **reductio aequitatem** de casos concretos del **dura lex**, similar por ello a figuras como el riesgo imprevisible, de plena vigencia en el campo laboral pues se trata de hacer más humano el derecho (CST. 50 y 260). Se parte de la base inobjetable de que todo derecho debe ejercitarse de acuerdo con su objetivo social propio, en orden al cumplimiento del fin social que con él se persigue. El derecho subjetivo (facultas agendi) puede entrar en conflicto con el derecho objetivo (norma agendi) y este debe servir de base para corregir posibles desviaciones, desafueros o excesos que ocurren en el ejercicio del derecho subjetivo. Equivale por tanto a aceptar que no hay derechos absolutos, incondicionados, intocables o rígidos, pues todo derecho es relativo, condicionado, instrumental y flexible. El derecho no constituye una sotelequia jurídica pues es ante todo un medio para el logro de fines sociales concretos.

Los principios básicos que han informado la teoría del abuso del derecho tienen plena vigencia en nuestra legislación laboral. Así el principio psicológico de la solidaridad, en oposición a la autonomía y a la libertad entendidas en sentido individualista. Así también la noción de equilibrio de intereses, que condiciona la vida social, cuya restauración se impone jurídicamente cuando el ejercicio de los derechos subjetivos lo rompe. Máxime en un campo jurídico como el laboral en el cual tiene especial importancia la interpretación finalista o teleológica por mandato mismo de la ley (CST. arts. 1o. y 18).

Aplicando estos principios generales el caso en estudio, puede considerarse como en efecto lo hizo el Tribunal que el derecho del patrono a sancionar faltas graves con el despido, es susceptible de exceso, extralimitación o abuso que lo convierte en terminación unilateral sin justa causa y da lugar a la indemnización correspondiente.

No cabe duda que las normas sobre terminación del contrato, contenidas en el Capítulo VI del Código sustantivo del Trabajo, están inspiradas por el principio básico de protección al trabajador, consagrado en los arts. 7o., 8o. y 9o. del mismo y en el artículo 39 de la Constitución Nacional. Concretamente se procura la mayor estabilidad en el empleo que resulta compatible con la necesidad del orden y la disciplina que exigen la práctica al trabajador subordinado.

En el caso sub-lite la falta grave cometida por el trabajador tiene atenuantes dignos de toda consideración, al paso que la decisión de despedirlo tomado

incontinenti por la empresa no aparece, dentro de las circunstancias, como equitativa, proporcionada o justificada, teniendo en cuenta las finalidades sociales y organizacionales que sirven de fundamento objetivo al derecho patronal a despedir, tales como serían la necesidad de mantener la disciplina en la empresa, de preservar el orden, mantener la productividad, prevenir trastornos en la producción o en la operación normal. Hubo pues extralimitación, exceso o demasía en la utilización de ese derecho, y los falladores de instancia lo apreciaron así, correctamente.

No se presenta por tanto la violación indirecta, por aplicación indebida de las normas que cita el cargo y éste no prospera.

7 de Noviembre de 1978

MAGISTRADO PONENTE: DR. FERNANDO URIBE RESTREPO