



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

Magistrado ponente

SL649-2018

Radicación n.º 54701

Acta 5

Bogotá, D. C., siete (7) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **RODRIGO ESTEBAN SUÁREZ HERNÁNDEZ** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de agosto de 2011, en el proceso que instauró contra la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**.

I. ANTECEDENTES

Rodrigo Esteban Suárez Hernández, demandó a la Fundación Universitaria San Martín, con el objeto de que se declarara que incumplió el contrato de trabajo a término indefinido «*no integral*» y como consecuencia se «*vio obligado*» a terminar el vínculo «*con justa causa*»; que se condenara al pago de las siguientes sumas de dinero: «\$180.000.000.00

por salarios adeudados desde el 28 de febrero de 2007 más \$32.000.000.00 por ajustes de salarios al cargo de vicerrector, para un total de \$212.000.000.00; \$18.000.000.00 por primas, \$19.200.000 por cesantías, \$5.500.000.00 por intereses de cesantías y \$11.000.000.00 por vacaciones»; las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST y 98 de la Ley 50 de 1990, «junto con el pago que corresponda al fondo de pensiones PORVENIR, las demás de seguridad social y parafiscales adeudados y al pago de todas las restantes prestaciones», lo extra y ultra petita, y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el 10 de agosto de 2004, celebró con la accionada, contrato a término indefinido «no integral» por salario mensual de \$6.000.000 por quincenas vencidas, dependiendo de la Vicerrectora Académica, en el cargo de Director del programa Empresarismo; que el 1 de septiembre de 2005 fue ascendido al cargo de «Vicerrector de Empresarismo», pero el salario no fue ajustado al nuevo cargo, pues el otro vicerrector devengaba \$8.000.000 violándose con ello el principio de igualdad; que la demandada no cumplió con el pago de salarios, prestaciones sociales, parafiscales y aportes en debida forma al fondo de pensiones, EPS, ARP y demás obligaciones del contrato; que hubo incumplimiento con el fondo de pensiones PORVENIR, por los aportes desde el 15 de febrero de 2005, los cuales no se hicieron de manera regular; que tampoco se le cancelaron los intereses de cesantías de acuerdo al numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni le fueron liquidados los períodos de vacaciones.

Relató además, que intentó un arreglo conciliatorio ante la Inspección Tercera del Trabajo, la cual fracasó, y en virtud de ello, terminó el contrato de trabajo unilateralmente por justa causa, con fundamento en el numeral 6 del literal b) del artículo 62 del CST. (f.º 1 a 8 cuaderno de instancias).

La convocada a juicio, se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Aceptó la relación laboral y el extremo inicial de la misma, aclaró que se mantuvo vigente hasta el 1 de marzo de 2006. Negó el hecho relacionado con el ascenso aducido en la demanda y lo adeudado por los conceptos salariales y prestacionales reclamados. Formuló como excepciones, las de cobro de lo no debido, falta de causa legítima para pedir el pago, pago y compensación (f.º 106 a 119 cuaderno principal).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 6 de noviembre de 2009, condenó a la Fundación Universitaria San Martín a pagar:

PRIMERO. CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN al pago a favor del actor las siguientes sumas, por los siguientes conceptos:

- A. CIENTO TRECE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$113.600.000.00), por concepto de salarios.
- B. QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE., (\$15.800.000.00), por concepto de primas de servicio.
- C. SIETE MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS M/CTE. (\$7.900.000.00) por concepto de compensación de vacaciones.

- D. SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS (\$7.466.666.00) por concepto de cesantías.
- E. OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS M/CTE. (896.000.00) por concepto de cesantías.
- F. OCHO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE. (\$8.600.000.00) por concepto de indemnización por no consignación de cesantías.
- G. NUEVE MILLONES DE PESOS M/CTE., (\$9.000.000.00) por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa imputable al empleador.
- H. DOSCIENTOS MIL PESOS (\$200.000.00) diarios a partir del 29 de marzo y hasta cuando se verifique el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudados al actor, por concepto de indemnización moratoria.

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN a realizar los aportes pensionales con destino al FONDO DE PENSIONES PORVENIR –señalado por el actor en su demanda-, a partir del 01 de enero de 2005 y hasta el 28 de marzo de 2007, teniendo en cuenta como salario base la suma de \$6.000.000.

TERCERO. ABSOLVER a la demandada FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN de las restantes pretensiones.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO. CONDENAR en costas a la parte demanda. Tásense por secretaría, una vez ejecutoriada la presente decisión. (fº. 311 a 327 cuaderno instancias).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al desatar la apelación interpuesta por la Fundación Universitaria San Martín contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, modificó el literal *h*) del numeral primero del fallo primer grado, confirmó lo demás, sin imponer costas en esa instancia.

Coligió el Tribunal en lo que estrictamente interesa al recurso, luego de considerar ajustada a derecho la sentencia del *a quo*, en cuanto a las condenas impartidas con excepción de la indemnización moratoria, adujo que esta debía ser modificada, con fundamento en lo previsto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, del cual transcribió su texto con la reforma introducida por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y concluyó que a la Fundación Universitaria San Martín, le correspondía pagar al demandante por este concepto, la referida indemnización por la suma diaria de \$200.000.00 a la que condenó el juez de primera instancia, a partir del 29 de marzo de 2007 *«hasta por veinticuatro (24) meses y a partir del mes veinticinco (25) el empleador pagará intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta cuando se verifique el pago»* (f.º 14 a 24 cuaderno del Tribunal).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por ambas partes y concedido por el Tribunal, fueron admitidos por la Corte. Sin embargo, posteriormente la demandada desistió del recurso y esta Corporación, mediante auto calendado 18 de septiembre de 2012 (f.º 25 cuaderno de la Corte), lo aceptó. En consecuencia, se procede a resolver el interpuesto por el apoderado de la parte demandante.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte:

1. (...) *case y revoque parcialmente la sentencia de segunda instancia, de fecha 31 de agosto de 2011 magistrado ponente (...) de la parte resolutive, el punto primero y la parte motiva vista en el folio 10 de la sentencia (...) que modificó la letra H) del punto primero, de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de fecha 6 de Noviembre del 2009 y vista en los folios (...) porque se dio una violación directa a la ley sustancial, por infracción directa, concretamente al artículo 65 del CST, modificado por la ley (sic) 789 del 2002 , artículo 29 y por la sentencia de la corte (sic) Constitucional C-781 de 2003 (...).*

2. **Y/O** (...) *case y revoque parcialmente la sentencia de segunda instancia, de fecha 31 de agosto de 2011 magistrado ponente (...) de la parte resolutive, el punto primero y la parte motiva vista en el folio 10 de la sentencia (...) que modificó la letra H) del punto Primero, de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de fecha 6 de Noviembre del 2009 y vista en los folios (...) porque se dio una violación directa a la ley sustancial, por interpretación errónea, concretamente al artículo 65 del CST, modificado por la ley (sic) 789 del 2002, artículo 29 y por la sentencia de la corte (sic) Constitucional C-781 de 2003 (...). (fº. 7 y 8 cuaderno de la Corte).*

Con tal propósito formula dos cargos por la causal primera de casación, que no fueron replicados y que se estudiarán conjuntamente, por haberse seleccionado una misma vía aunque por diferentes modalidades se acusa igual elenco normativo y persiguen un solo objetivo.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia recurrida por la causal primera, de ser violatoria de la ley por infracción directa del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 «y por la sentencia de la corte (sic) Constitucional C-781 de

2003, (...) por no haberse aplicado el considerando 7 de esta última. Esto lleva a una aplicación parcial de la norma sustancial (...).

En la sustentación del cargo aduce que la promulgación del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y la sentencia CC C-781-2003, debe incorporarse por ser «*parte integral (sic) de este, como ratio decidendi*».

Reproduce íntegramente el texto normativo y lo resuelto por el *ad quem* en el fallo atacado, para señalar que la sentencia CC C-781-2003, es esencial para hacer la «*hermenéutica jurídica correspondiente*»; que en este pronunciamiento «*se hace una transcripción del art. 29 comentado*» y lo que ordenó «*quitar la Corte Constitucional en la sentencia. Es decir, sin ** (o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial) **. Sin el considerando 7 es imposible entender y aplicar la sentencia de la Corte Constitucional*».

Con base en los anteriores argumentos, sostiene que se debe casar parcialmente la sentencia del Tribunal y dictar la sentencia «*sustituta*» a que se refiere en la declaración del alcance de la impugnación.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada por la causal primera, de ser violatoria por la vía directa, en el concepto de interpretación errónea del artículo 65 del CST modificado por

el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 *«y por la sentencia de la corte (sic) Constitucional C-781 de 2003, (...) por presentar varias interpretaciones y conforme con el principio de favorabilidad de los trabajadores, se debió interpretar y aplicar lo que se pide en la sentencia sustituta»*.

Sostiene que el artículo 65 del CST, ha tenido múltiples interpretaciones en el proceso que se examina; que inicialmente *«equivocadamente en nuestra demanda. Luego, correctamente en la sentencia de primera instancia. Finalmente, otra vez erróneamente en la sentencia de segunda instancia. La sentencia impugnada parcialmente, le faltó (sic) interpretar correctamente el considerando 7 de la sentencia C 781 del 2003»*.

Que debió *«interpretarse y aplicarse la interpretación (sic) más favorable al actor, es decir la del fallo de primera instancia. (Art. 21 del CS. (sic) Principio de favorabilidad)»*.

Al igual que en el cargo precedente, para finalizar, expone que se debe casar parcialmente la sentencia acusada y se profiera sentencia *«sustituta»* a que hace referencia en el alcance de la impugnación.

VIII. CONSIDERACIONES

Resalta la Sala, que incurre la censura en falencias técnicas, en la medida en que la formulación del alcance de la impugnación es inapropiada, por cuanto solicita a la Corte que *«case y revoque parcialmente la sentencia de segunda*

instancia» lo que no es posible, porque de infirmarse el fallo de segundo grado por razón de la prosperidad del recurso, por sustracción de materia, no es dable revocar parcialmente una decisión que ha sido anulada.

Sin embargo, la deficiencia del alcance de la impugnación, en esta oportunidad, es superable en consideración a que es posible entender que, lo que persigue el recurrente con el recurso, es la casación parcial del fallo del Tribunal, en cuanto modificó la sentencia del *a quo*, en lo concerniente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

En el primer cargo, plantea la acusación por la vía directa en la modalidad de infracción directa y también incurre en imprecisiones, en tanto afirma que el *ad quem* debió acudir «*al considerando 7*» de la sentencia CC C-781-2003, por ser «(...) *esencial para hacer la hermenéutica jurídica correspondiente*», refiriéndose a que, sin la precitada sentencia, no era posible «*entender*» la modificación introducida por el artículo 29 *ibidem*.

Dicho, en otros términos, la censura acusa la sentencia impugnada violatoria de la ley por infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que se traduce en que el Colegiado, no aplicó esta normativa, pero a la vez, señala que para «*hacer la hermenéutica correspondiente*», debió hacerse conforme al «*considerando 7*» de la sentencia CC C-781-2003.

Se deduce de lo anterior, que el recurrente acusa en un mismo cargo por infracción directa e interpretación errónea, modalidades que son excluyentes, toda vez que la primera modalidad de violación directa ocurre cuando el juzgador desconoce el texto legal y, por rebeldía o ignorancia o por no tener en cuenta los efectos de la ley en el tiempo, deja de aplicarla a un caso que lo reclama; mientras que la interpretación errónea significa que el fallador aplicó la norma aplicable al caso, pero al fijar su alcance distorsiona su contenido, ampliándolo o restringiéndolo, agregándole o suprimiéndole supuestos o consecuencias.

Siendo ello así, las dos modalidades de violación de la ley en un mismo cargo, no solo son excluyentes, sino contrarias, lo que inexorablemente impiden a la Corte un mínimo estudio de la presunta violación de la ley sustancial inicialmente imputada, pues, por lo dispositivo del recurso, no se puede acomodar oficiosamente el ataque a la modalidad que en verdad correspondiera. En consecuencia, se desestima el cargo.

En relación con el segundo cargo formulado, que también acusa por vía directa en la modalidad de interpretación errónea, adolece de las mismas deficiencias técnicas del anterior, en tanto en la proposición jurídica señala inicialmente: «*La transcripción es la misma citada en el punto 1.2 del cargo 1. VIOLACION DE LA LEY POR INFRACCIÓN DIRECTA (...)*». Y a renglón seguido, lo sustenta alegando la «*violación directa de una norma jurídica por*

interpretación errónea», en la que hace referencia que el Colegiado no interpretó correctamente el artículo 65 CST ni el «*considerando 7 de la sentencia C-781 del 2003*».

La censura radica su inconformidad en la interpretación que hizo el *ad quem* del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, haciendo los reparos consignados en el cargo formulado, en tanto modificó la condena por concepto de indemnización moratoria, con fundamento en el mandato contenido en el numeral 1 del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el 65 *ejusdem*. Tuvo en cuenta tres aspectos que lo condujeron a la conclusión a la que arribó, en virtud de las consagraciones de la precitada normativa: *i)* el salario devengado por el demandante -\$6.000.000.00-; *ii)* fecha de presentación de la demanda el 31 de agosto de 2007 que dio origen al presente recurso, tal como se corrobora con el folio 1 del cuaderno de instancias; y *iii)* la fecha de terminación del contrato de trabajo – 28 de marzo de 2007-, aspectos todos sobre los cuales se supone existe conformidad por tratarse de supuestos fácticos probados y ajenos a la vía seleccionada por el recurrente en el ataque contra la sentencia del juzgador colegiado.

Consagra el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002:

Artículo 29. Indemnización por falta de pago. El artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo quedará así:

Artículo 65. Indemnización por falta de pago:

1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de

retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-781 de 2003.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

Parágrafo 1º. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

Parágrafo 2º. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-781 de 2003 Lo dispuesto en el inciso 1º de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-38 de 2004.

De una lectura al parágrafo 2, se desprende que la indemnización de un salario diario hasta por el término de

24 meses por el retardo del empleador en el pago de los salarios y prestaciones debidas, tiene como destinatario aquellos trabajadores que devenguen más de un salario mínimo como el aquí demandante y que hubieren ejercido acción judicial entro de los 24 meses siguientes, contados a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral.

Desde esta arista, es evidente que el Colegiado no erró en la interpretación de la normativa acusada y el último inciso de la sentencia a que se refiere, no es norma jurídica susceptible de ser atacada en sede de casación.

Vale advertir, además, que mediante sentencia CC C-038 de 2004, se declaró la exequibilidad del segundo inciso de párrafo segundo del artículo 65 del CST, en el sentido de que en tratándose de trabajadores que devengan hasta un salario mínimo, la indemnización correspondería a un salario diario desde la terminación de la relación laboral, hasta la satisfacción de las obligaciones adeudadas.

La Corte ha interpretado el precepto anterior, de manera pacífica desde la sentencia de casación CSJ SL, 6 may. 2010 rad. 36577, reiterado en sentencias CSJ SL9708-2017, CSJ SL14837-2017, CSJ SL13689-2017 y SL109-2018, en los siguientes términos:

La anterior disposición, según el párrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.

No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue

la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

En el presente asunto la Sala encuentra que el contrato de trabajo del demandante terminó el 28 de marzo de 2007, la demanda con la que se promovió el proceso fue presentada el 31 de agosto de 2007 (fº. 1 cuaderno principal) y el salario del demandante era superior al mínimo legal mensual - \$6.000.000.00- (f. 319) razones por las que era procedente la aplicación de la sanción moratoria de un salario diario hasta por los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, y a partir del mes 25 de los intereses moratorios, como subsidiariamente lo solicita el recurrente.

Bajo las anteriores premisas fácticas, legales y jurisprudenciales, el Tribunal no incurrió en la transgresión denunciada, al modificar la condena a la indemnización moratoria, hasta por 24 meses, con inclusión de la consecuencia prevista en la norma a partir del mes 25.

En este orden, los cargos son infundados y no procede la casación de la sentencia recurrida. Sin lugar a costas en consideración a que no hubo réplica.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 31 de agosto de 2011 por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por

RODRIGO ESTEBAN SUÁREZ HERNÁNDEZ contra la
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.

Costas como se dijo.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ