



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Magistrado ponente

SL13187-2015
Radicación n.º 39586
Acta 032

Bogotá, D. C., quince (15) de septiembre de dos mil quince (2015).

AUTO

Por cuanto en el presente proceso no se debate asunto de índole pensional, además de que al Instituto de Seguros Sociales se le está demandando en calidad de empleador, no se reconoce a la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones” como sucesora procesal del mismo.

Se reconoce personería al doctor Raúl Alejandro Contreras Alfonso, con T.P. No. 124.109 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado del Instituto de

Seguros Sociales, en los términos y para los efectos del mandato conferido.

Téngase a la señora Beatriz Elena Maestre Acosta, como sucesora procesal del señor Santander Segundo Samper Vargas, en calidad de conyugue supérstite.

Se reconoce personería al doctor Benjamín Hernández Caamaño, con T.P. No. 15.994 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de Beatriz Elena Maestre Acosta, en los términos y para los efectos del mandato conferido. Así mismo, al doctor Rosendo Gutiérrez Jara con T.P. No. 65.581 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado sustituto de la misma.

SENTENCIA

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** contra la sentencia proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar el 21 de noviembre de 2008, en el proceso que en su contra promovió **SANTANDER SEGUNDO SAMPER VARGAS**.

I. ANTECEDENTES

Para lo que interesa al recurso basta decir que ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar el demandante persiguió que una vez se declarara que le ató

al demandado un vínculo laboral subordinado, por el tiempo que allí precisó, éste fuera condenado a pagarle entre los derechos laborales detallados en la demanda, la indemnización moratoria o *«(subsistencia ficcionada del contrato) conforme a la Ley (sic) 797 de 1949, a partir del 23 de diciembre de 2004, a razón de \$41.304,00 diarios»*.

Fundamentó sus pretensiones, en suma, en que si bien es cierto que el contrato de trabajo que cumplía con el demandado fue suspendido el 2 de febrero de 2001 por solicitud de la Fiscalía Doce, Seccional de Valledupar, y luego terminado el 22 de septiembre de 2004, como consecuencia de sentencia en firme de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar en su contra, también lo es que dichas sentencias no implican la pérdida del derecho al auxilio de la cesantía, como equivocadamente se lo manifestó el demandado en comunicación del 7 de julio de 2006 al responder su reclamación, pues el artículo 42 del Decreto-Ley 1045 de 1978 fue declarado inexecutable mediante sentencia C-398 de 22 de mayo de 2002, esto es, mucho antes de que quedara en firme la sentencia penal que lo condenó.

El demandado, aun cuando reconoció el vínculo laboral con el actor, se opuso a sus pretensiones, y particularmente al pago del auxilio de la cesantía reclamado, por cuanto *«el art. 45 del Decreto 3138 de 1968 establece la pérdida de cesantías por causas que la ley señala como suficientes para perder el derecho a las*

mismas». Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue dictada el 4 de abril de 2008, y con ella el juzgado condenó al demandado a pagar al actor \$2'136.240, por concepto del auxilio de la cesantía y \$256.240, por sus intereses. Además, a título de indemnización moratoria, \$41.304 «*diarios, desde el 23 de diciembre de 2004 hasta que se cancele dicha prestación*». Lo absolvió de las demás pretensiones del actor, declaró no probadas las excepciones formuladas e impuso el pago de las costas al demandado.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La alzada se surtió por apelación de ambas partes y terminó con la sentencia atacada en casación, mediante la cual el Tribunal de Valledupar confirmó la de su inferior y se abstuvo de señalar el pago de costas.

Para ello, en lo atinente a las condenas por cesantía y sus intereses, impuestas al hoy recurrente, partió de asentar que «*la sentencia del a quo es atinada en sus razonamientos*», pues, «*cuando el art. 45 del Decreto 3118 de 1968 dispone que ‘cuando la terminación del contrato de trabajo o la relación reglamentaria se produzca por causas que la ley señala como suficientes para perder el derecho de cesantía, la respectiva entidad lo comunicará al fondo, a fin*

de que la cesantía sea retenida mientras se produzca la correspondiente decisión judicial’, está remitiendo a ‘causas que la ley señala como suficientes’, lo que significa que la norma debió ser reglamentada o, en su defecto, habría que establecer cuáles son las disposiciones que precisan esas causas ‘suficientes’, y en realidad, tales no existen en el ordenamiento legal, relacionado con el sector oficial», para rematar en que el artículo 42 del Decreto-Ley 1045 de 1978 «no es aplicable al caso, porque, por una parte, supone que previamente haya sido destituido por causas disciplinarias que, al mismo tiempo, constituyen los delitos que la norma enuncia (...); y de otra parte, porque la norma fue declarada inexecutable mediante sentencia C-398 del 22 de mayo de 2002 (...) y, como se sabe, las sentencias de inexequibilidad tienen efectos hacia el futuro».

Encontrando viable la condena la pago de la cesantía y sus intereses aseveró respecto de la indemnización moratoria que las razones esgrimidas por el demandado «*al responder la reclamación del actor, en el tema de las cesantías, no son razonables ni, por lo mismo, atendibles, dado que el Decreto 3118 de 1985, art. 445, es bien claro, que no permite ninguna duda en su interpretación, y menos acomodar su claro tenor literal, distorsionando completamente el sentido de la norma, para conculcarle al demandante el derecho que reclamó administrativamente. Por lo tanto, su conducta no puede ubicarse en el campo de la buena fe, para exonerarla de la condena por indemnización moratoria, y en este aspecto también se confirmará la providencia apelada*».

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

En la demanda con la cual sustenta el recurso, que fue replicada, el Instituto recurrente pide a la Corte que case la sentencia del Tribunal, *«en lo referente al pago de la indemnización moratoria y, una vez se constituya en sede de instancia, revoque parcialmente el fallo del juzgado respecto de la cancelación de la mencionada sanción, para que, en reemplazo de lo dejado sin efecto, se absuelva al Seguro Social del reconocimiento de dicha condena (la indemnización moratoria)»*.

Con tal propósito le formula un cargo que, con lo replicado, se resolverá como sigue.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia por aplicar indebidamente los artículos 52 del decreto Reglamentario 2127 de 1945, modificado por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, y 7º de la Ley 16 de 1969, a causa del siguiente error de hecho:

“No dar por probado, a pesar de estarlo, que la demandada siempre actuó con buena fe simple durante la vigencia y vigencia del vínculo que tuvo con el actor”.

Indica como medio de prueba erróneamente apreciado la respuesta a la reclamación administrativa que le hiciera el actor sobre el pago de la cesantía y sus intereses del folio 15 del expediente, y su demostración se circunscribe a su aseveración de que en relación con la citada respuesta, su actuar *«sería equivocado, pero jamás doloso, de mala fe, dañado, con la intención de causar algún perjuicio, etc.»*, o sea, *«no se pueden confundir, utilizando las figuras del derecho penal, la culpa con el dolo»*, en otras palabras, *«el Instituto, a través de sus asesores, jurídicos, respondió la reclamación administrativa mediante un análisis razonable y atendible del mencionado artículo 45, por lo que el no pago de auxilio de cesantía estaba plenamente justificado»*.

Copia el recurrente la consideración del Tribunal sobre la indemnización moratoria reclamada y agrega a su argumentación que el artículo 45 del Decreto 3118 de 1968 admite diferentes y fundadas interpretaciones que le permitían concluir que la cesantía no se le debía pagar al trabajador por pesar sobre él una condena de orden penal, conducta que dice concuerda con el mandato legal previsto en el literal a) del artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con la pérdida de la cesantía por trabajadores particulares, y cita al respecto apartes de una sentencia de la Corte de 13 de septiembre de 1992, sin número o dato de radicación.

VII. LA RÉPLICA

En lo pertinente, el replicante sostiene que el Tribunal no incurrió en yerro alguno al concluir la procedencia de la indemnización moratoria reclamada, y que el Instituto recurrente evade en su argumentación las consideraciones que el juzgador realizó sobre el derecho al pago de la cesantía y sus intereses, que fue lo que dio origen a la condena ahora cuestionada. Además, que en el mismo escrito de respuesta aparece que era consciente de que la norma que permitía la retención de éstas había sido derogada.

VIII. CONSIDERACIONES

Para el Tribunal, el Instituto de Seguros Sociales no podía ser eximido de la condena a la indemnización moratoria de que trata el artículo 52 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, modificado por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, por sustraerse del pago al actor del auxilio de la cesantía y sus intereses derivados de la relación laboral que entre ellos finiquitó el 22 de septiembre de 2004, con el argumento de que el artículo 45 del Decreto 3118 de 1968 preveía la pérdida de dicho concepto laboral, para este caso, en razón de la firmeza de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal de Valledupar contra éste *“por delitos contra la entidad”* (folio 15), por no ser tal comportamiento demostrativo de buena fe

contractual; en tanto, para el hoy recurrente dicho comportamiento sí lo es, por ser su interpretación sobre la norma restrictiva del derecho del auxilio de la cesantía una de las tantas interpretaciones que es válido hacer, de modo que, al así actuar no puede decirse que lo hizo con culpa o dolo, pues a lo que más se podría llegar es a imputarle un error de carácter hermenéutico.

Pues bien, para dilucidar la procedencia para este caso de la condena al pago de la indemnización moratoria debe partir la Corte de tener por fuera de debate en esta sede, por no ser parte del alcance de la impugnación, que para la fecha del 22 de septiembre de 2004 el Instituto recurrente debía pagar al actor una suma determinada por concepto del auxilio de la cesantía y sus intereses, por cuanto en esa data terminó el contrato de trabajo que a las partes contendientes del proceso les ató; como también, que el rompimiento de dicho vínculo sobrevino como consecuencia de quedar ejecutoriada la sentencia penal proferida contra el demandante por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar por los delitos de *‘peculado por apropiación’* y *‘falsedad material en documento público’*, en razón de los hechos de que dan cuenta las copias de las sentencia obrantes a folios 74 a 95 del expediente y que para las resultas de este caso vale la pena destacar en cuanto adicionalmente se le condenó al pago en favor de la *«Clínica Ana María, del Instituto Seguro Social de Valledupar»* (folio 71), de la suma de \$152'908.000, *«por los perjuicios materiales causados con la comisión de los ilícitos»*.

Ahora, la indemnización moratoria reclamada, prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en la forma como modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, Reglamentario de la Ley 6ª de 1945 --como también lo está en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo--, bien se recuerda, ha sido tratada a lo largo de la jurisprudencia de la Corte como una sanción al empleador que a la terminación del contrato de trabajo se sustrae, sin ninguna justificación, al pago de los débitos laborales pendientes del trabajador. Ante tal situación, es sabido, la jurisprudencia igualmente ha considerado necesario establecer en el respectivo proceso la observancia de la buena fe contractual del empleador a efectos de verificar si obró en este momento de la relación, es decir, en su finiquito, con lealtad, rectitud y honestidad, en el entendido de que lo contrario, esto es, un comportamiento tendiente a obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud por parte de aquél debe ser objeto no solo de reproche judicial, sino también, causa eficiente de la mentada sanción. Por tanto, la exoneración de la dicha indemnización exige la acreditación en el proceso de razones serias y atendibles, aun cuando, obviamente, resulten contrarias a lo tenido como verdad del proceso, pues no de otra manera puede concluirse que el empleador no quedó a paz y salvo real con su trabajador, por lo que también se ha dicho, la citada indemnización no es de carácter objetivo, ni automático.

La respuesta dada por el Instituto demandado al actor para negarle el pago del auxilio de la cesantía y sus intereses (folio 15), que insistió en las instancias como ahora en el recurso extraordinario, fue del siguiente tenor:

“(...) Doy respuesta a su petición informándole que de conformidad con el artículo 45 del Decreto 3118 de 1968 [que] establece la pérdida de cesantías por causa (sic) que la ley señala como suficientes para perder el derecho a las cesantías y existe decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar de fecha 19 de septiembre de 2002, confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, quienes proferieron sentencia condenatoria en su contra por delitos contra la entidad lo cual hace que se pierda el auxilio de cesantías.

“Aclaramos que la Corte Constitucional declaro (sic) inexecutable a través de la sentencia C-398 de 2002 el artículo 42 del Decreto Ley 1045 de 1978, que consagraba la retención del auxilio de cesantías, mientras no se dictara auto de cesación de todo procedimiento, auto de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria pero esta norma no es aplicable al caso concreto.

“Las demás prestaciones por usted solicitadas deben ser tramitadas por usted en la Oficina de Recursos Humanos del ISS Seccional Cesar (...)”.

Para la Corte, la respuesta del Instituto demandado ante la petición del pago del auxilio de la cesantía y sus intereses está enteramente desprovista de malicia, animosidad o cualquiera otra intención dañina contra su ex trabajador, y muy por el contrario, luce natural, sincera y honesta ante las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, pues, aparte de la certidumbre de la existencia de la normativa invocada, el mero hecho de que contra aquél se hubiera proferido una sentencia penal, para ese momento ya en firme, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, por los delitos de ‘peculado por apropiación’ y ‘falsedad material en documento público’, en virtud de situaciones relacionadas

con su desempeño laboral, y en razón de las cuales resultó igualmente condenado a pagarle a la «*Clínica Ana María, del Instituto Seguro Social de Valledupar*» (folio 71), la suma de \$152'908.000, «*por los perjuicios materiales causados con la comisión de los ilícitos*», esto es, mediante la cual adquirió la calidad de deudor de su ex empleador, permitía a éste último inferir medianamente que las sumas de \$2'136.240 y \$256.348 --que calculó el juzgador de primera instancia y avaló el Tribunal-- como monto de la cesantía y sus intereses podrían ser deducidas del elevado valor de la condena que en su favor dispusieron los juzgadores del referido proceso penal.

Y de tal respuesta en modo alguno es dable deducir un móvil doloso del demandado orientado a obtener una ventaja o beneficio malintencionado o desleal sobre la creencia de haber perdido su ex trabajador el aludido monto de la cesantía, todo lo contrario, lo que se advierte es un comportamiento atendible, propiciado por la convicción de estar frente a un ex servidor en circunstancias tan particulares. Y tal aserto emerge respaldado por la expresión contenida al final de dicha respuesta, al señalar el demandado al actor que las demás prestaciones «*deben ser tramitadas por usted en la Oficina de Recursos Humanos del ISS Seccional Cesar*», lo que es tanto como decir, asume la Corte, que guardó el escrúpulo y delicadeza apropiados en tal comportamiento al creer que estaba amparado en la ley única y exclusivamente respecto de la cesantía y sus intereses, pero en modo alguno en cuanto a los demás

conceptos laborales que a aquél le adeudara, por lo que indicó de ese específico modo estar presto a su solución.

De esa manera, erró el Tribunal al no advertir que el comportamiento del demandado al sustraerse al pago del auxilio de la cesantía y sus intereses al trabajador, estaba excusado por una razón atendible que si bien no compartió, en manera alguna traslucía una actitud carente de probidad o pulcritud en el empleador, pues con independencia de lo acertado del razonamiento del Tribunal sobre lo previsto en el artículo 45 del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968, que se recuerda creó el Fondo Nacional de Ahorro, y respecto a la pérdida de la cesantía por el servidor público del nivel nacional estableció que *«Cuando la terminación del contrato del trabajo o de la relación reglamentaria se produzca por causas que la ley señala como suficientes para perder el derecho de cesantía, la respectiva entidad lo comunicará al Fondo, a fin de que la cesantía sea retenida mientras se produce la correspondiente decisión judicial»*, lo cierto es que de allí era posible que dedujera tal medida, pues le era conocida la situación de estar en firme una sentencia penal en contra de aquél por hechos ejecutados en su contra y en la cual se le condenó al ex trabajador a pagarle una gruesa suma de dinero a título de indemnización material por la comisión de los ilícitos de *‘peculado por apropiación’* y *‘falsedad material en documento público’*.

No sobra agregar que, sin incidencia alguna en la decisión, por tratarse el cargo de una ataque por la vía

indirecta de violación de la ley, y por mera ilustración, la dicha pérdida de la cesantía ante circunstancias idénticas a las aquí reseñadas, pero en relación con servidores públicos del nivel territorial, fue considerada por el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, expediente 11001-03-25-000-2003-0044101(6175-03), en providencia de 17 de noviembre de 2005, en la cual dispuso denegar la pretensión de nulidad del inciso primero del artículo 3º del Decreto 2712 del 30 de diciembre de 1999, proferido por el Presidente de la República, con fundamento en los siguientes razonamientos:

“El inciso 1 del artículo 3 del Decreto 2712 del 30 de diciembre de 1999 no consagra una sanción ni una pena principal o accesoria consistente en la “retención y pérdida del auxilio de cesantía”.

“Se trata de una medida cautelar cuyo propósito es asegurar parte de los bienes del ex empleado público o ex trabajador oficial del nivel territorial destituido por la comisión de faltas disciplinarias que puedan llegar a constituirse en delito contra la administración pública. Dicho de otro modo, el Gobierno Nacional no está usurpando facultades del Congreso de la República relacionadas con el establecimiento de sanciones. Simplemente desarrolla las normas que, de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución y la Ley 4 de 1992, le permiten fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, teniendo en cuenta, entre otros criterios, la modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública. En este orden de ideas la norma prevista en el inciso 1 del artículo 3 del Decreto 2712 de 1999 desarrolla disposiciones de orden constitucional y legal.

“No puede, entonces, aducirse que el Gobierno Nacional hubiese excedido las facultades que le confirió el ordenamiento jurídico para la fijación del régimen salarial y prestacional de determinados servidores.

“En desarrollo de estas funciones bien podía establecer medidas como la contenida en la norma atacada puesto que el auxilio de cesantía es una prestación y la norma está dirigida a establecer una medida cautelar sobre las sumas a que tuviere derecho el trabajador por concepto de la prestación. La circunstancia de que lo dispuesto produzca efectos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico es consecuencia lógica de que el mismo es uno sólo y, por ende, lo dispuesto en materia prestacional puede generar efectos en aspectos disciplinarios y penales.

“Este enfoque de la cuestión no es exclusivo del derecho administrativo laboral pues el derecho laboral ordinario consagra en el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo la pérdida del auxilio de cesantía cuando el contrato de trabajo termina por alguna de las siguientes conductas desplegadas por el trabajador: cometer un acto delictuoso en contra del patrono o de sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, o respecto del personal directivo de la empresa; causar intencionalmente daño material grave a los edificios, obras maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo; y revelar los secretos técnicos o comerciales o asuntos de carácter reservado con perjuicio grave para la empresa. En estos casos el patrono podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida.

“Resulta propio de los regímenes salariales y prestacionales, tales como los que establecen el Código Sustantivo del Trabajo o las normas que, como la acusada, se derivan de la Ley 4 de 1992, fijar normas que dejan en suspenso el pago del auxilio de cesantía hasta tanto se resuelva sobre la presunta comisión de hechos delictuosos por el empleado o trabajador. Constituye una medida razonable que se mantenga en suspenso el pago del auxilio de cesantía a determinados servidores públicos cuando haya elementos de juicio para creer que han cometido delitos contra la administración pública. La administración debe contar con medios para resarcir en algo la lesión producida a sus bienes, en caso de infracción penal, con mayor razón cuando el ejercicio de la facultad ocurre luego de haberse dictado medida de destitución por la comisión de faltas disciplinarias que puedan llegar a constituir delito contra la administración pública. Esto es, la administración adopta una medida sobre la base del agotamiento previo de un proceso disciplinario que, se entiende, ha sido adelantado con las garantías debidas.

“Según el artículo 209 de la Constitución la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

“La norma cuestionada desarrolla este mandato constitucional y preserva los intereses generales frente a los actos de corrupción cometidos en el seno de la administración pública. Como buena parte de estos actos se relacionan con comportamientos que esquilmán el erario se justifica que la administración cuente con medios para asegurar que parte de lo que le fue sustraído ilegalmente retorne a su patrimonio. La cuestión, en suma, podría formularse de la siguiente manera: si el patrono del sector privado cuenta con los medios para retener el pago del auxilio de cesantía, bajo determinadas hipótesis, con mayor razón debe gozar de ellos el Estado empleador pues en su caso se trata de proteger el patrimonio colectivo. Es más al empleador estatal no sólo le asiste el derecho a defender el erario sino que al hacerlo atiende al cumplimiento de un deber pues la función

administrativa debe desarrollarse con arreglo al principio de moralidad. De otro lado si, conforme al numeral 9 del artículo 95 de la Constitución, es deber de la persona y del ciudadano contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad, le corresponde a la administración dar no sólo buena destinación sino también buena cuenta de su patrimonio por cuanto a él se contribuye mediante el esfuerzo tributario de la comunidad.

“Sostiene la parte actora que la Corte Constitucional declaró inexecutable, mediante sentencia C-398 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, el artículo 42 del Decreto Ley 1045 de 1978, que establecía igual sanción para los empleados públicos del sector nacional, motivo por el cual debe declararse la nulidad del inciso 1, del artículo 3, del Decreto 2712 de 1999.

“El texto del artículo 42 del Decreto 1045 de 1978 es el siguiente: “Artículo 42. De la retención del auxilio de cesantía. Los empleados públicos destituidos por faltas disciplinarias que puedan llegar a constituir peculado, concusión, cohecho o negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, no podrán recibir el auxilio de cesantía mientras no se les dicte auto de cesación de todo procedimiento, auto de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria.

“Con el fin de que la cesantía sea retenida hasta cuando la justicia decida, la autoridad nominadora comunicará oportunamente el hecho a la entidad encargada de hacer el pago.”.

“La Corte Constitucional tuvo los siguientes motivos para declarar inexecutable la norma transcrita:

“El numeral 5 del artículo 1 de la Ley 5 de 1978 confirió al Presidente de la República facultades extraordinarias solamente para “revisar y modificar las reglas generales a las cuales deban sujetarse las entidades de la Administración Pública del orden nacional en la aplicación de las normas sobre las asignaciones y prestaciones sociales señaladas por la ley para su personal”. En uso de dichas facultades el Presidente de la República expidió el Decreto 1045 de 1978, “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.”. El artículo 42 del mencionado decreto prohibió el pago del auxilio de cesantía a los empleados públicos destituidos por faltas disciplinarias constitutivas de peculado, concusión, cohecho o negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, mientras a aquellos no se les dicte auto de cesación de todo procedimiento, auto de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria; además, ordenó a la autoridad nominadora comunicar oportunamente el hecho a la entidad encargada del pago de la cesantía para que se haga efectiva la retención “hasta cuando la justicia decida”.

“En cuanto al alcance de las facultades otorgadas al Presidente de la República en el numeral 5 del artículo 1 de la Ley 5 de 1978 la Corte sostuvo en ocasión anterior:

“Es claro, que con base en esa facultad el ejecutivo estaba habilitado para adoptar medidas de carácter estrictamente procedimental, que sirvieran para el efectivo y regular cumplimiento de la normativa sustancial relacionada con las asignaciones y prestaciones sociales creadas y consignadas en la ley; se trataba de una competencia que no trascendía lo meramente organizacional y que como tal carecía de elementos sobre los cuales el ejecutivo pudiera sustentar la competencia que requería para crear una contribución de carácter parafiscal.”.

“Resulta claro, señaló la Corte, que el Presidente no podía expedir normas sustantivas como la demandada. En efecto, esta establece como sanción accesoria la retención prolongada de la prestación social del auxilio de la cesantía cuando el empleado público destituido no logra demostrar que ha cesado todo procedimiento en su contra, ha sido sobreseído definitivamente o ha sido absuelto mediante sentencia definitiva. Tal norma tiene un carácter claramente sustantivo por imponer una limitación a los derechos del trabajador, con lo cual se excedieron las facultades otorgadas al Presidente de la República y dicha norma deviene en inconstitucional.

“Concluyó: “Tampoco es admisible la defensa de la norma demandada en el sentido de que ella exhibe un contenido de simple aplicación; sólo el inciso segundo tiene tal carácter pero remite necesariamente al contenido del inciso primero, norma esta sí eminentemente creadora de una sanción para los empleados públicos, para cuya expedición carecía el Presidente de la República de habilitación legislativa.”.

“Hasta aquí las razones de la Corte Constitucional.

“Según se advierte el argumento central del tribunal constitucional para declarar inexecutable el artículo 42 del Decreto Ley 1045 de 1978 consistió en que el Presidente de la República carecía en ese caso de habilitación legislativa para expedir normas de carácter sustantivo, sólo gozaba de facultades para adoptar medidas de carácter estrictamente procedimental que sirvieran para el efectivo y regular cumplimiento de la normativa sustancial relacionada con las asignaciones y prestaciones sociales creadas y consignadas en la ley.

“Esto quiere decir que, en principio, la sentencia C- 398 de 2002 de la Corte Constitucional no puede tener incidencia en el presente juicio de nulidad por cuanto los motivos que fundamentaron la inexecutable del artículo 42 del Decreto 1045 de 1978 se refieren a la falta de competencia del Presidente de la República para expedir la norma.

“Sin embargo no puede desconocerse que, de contera, como obiter dicta, la Corte Constitucional, en el último párrafo de los “considerandos” de su decisión, dijo que la norma prevista en el inciso 1 del artículo 42 del Decreto Ley 1045 de 1978 creaba una sanción para los empleados públicos para cuya expedición carecía el Presidente de la República de habilitación legislativa. Esta consideración de la Corte puede ser apreciada desde dos puntos de vista. De una parte, que el Presidente de la República carecía de facultad para la expedición de la norma, conforme a

las razones ya expuestas. De otra, que, según la Corte, el inciso 1 del artículo 42 del Decreto Ley 1045 de 1978 creó una sanción sin tener el Presidente competencia para ello, lo que tendría indudable incidencia sobre el presente juicio de nulidad, toda vez que esta constituye la acusación contra el inciso 1 del artículo 3 del Decreto 2712 de 1999.

“Empero ni aún bajo esta interpretación podría aducirse la cosa juzgada.

“La medida tomada al abrigo de la norma que se acusa responde a materias propias del régimen salarial y prestacional para cuyos efectos el legislador expidió la Ley 4 de 1992, con el fin de que el Gobierno Nacional, en el marco por ella previsto, expidiera las disposiciones encargadas de regular dicho ámbito. La norma acusada se inscribe así dentro de la obligación que le asiste al Gobierno Nacional de procurar que la función administrativa se desarrolle con fundamento en el principio de moralidad, esto es, que se tomen las providencias encaminadas a lograr un comportamiento decoroso por parte de los servidores públicos, lo que implica, desde luego, el manejo pulcro del patrimonio del Estado. Como las normas que expide el Gobierno Nacional con base en la Ley 4 de 1992, caso de la norma impugnada, deben serlo con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 2 de la misma ley, la Sala considera que el inciso 1 del artículo 3 del Decreto 2712 de 1999 corresponde a la necesidad de modernizar, tecnificar y procurar eficiencia en la administración pública, literal d) del artículo 2 de la Ley 4 de 1992, objetivos que no se satisfacen sino se proveen por la administración los medios que hagan posible su defensa cuando resulte afectada por la comisión de faltas disciplinarias que puedan llegar a constituirse en delito contra la administración pública.

“Es cierto que el Gobierno Nacional no tiene facultades para establecer sanciones de tipo penal, como lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia C-398 de 2002. Sin embargo la establecida en el inciso 1 del artículo 3 del Decreto 2712 de 1999 no puede catalogarse como tal. En dicha norma no se impone una medida equiparable a las penas previstas en el Código Penal, Ley 599 de 2000. Se trata de una típica medida cautelar, que busca precaver o prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes, o sobre los medios de prueba mientras se inicia o se adelanta un proceso ¹. En el caso concreto la exigencia previa de la sanción disciplinaria de destitución, la más grave que puede aplicarse al servidor público, reduce las posibilidades de ejercicio arbitrario de la atribución por parte de la administración.

“La norma acusada pretende que la administración pública retenga las sumas correspondientes al auxilio de cesantía del servidor destituido con el propósito de recuperar en algo la afectación de que ha sido objeto, en caso de que la investigación concluya con la responsabilidad penal del encartado y, con ello, pueda derivársele la responsabilidad civil respectiva con efectos

¹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, sexta edición, Bogotá, 1993, página 831.

resarcitorios respecto de la entidad afectada por la conducta del ex servidor. La adopción de la medida permite incrementar las posibilidades de defensa del erario sin violar las competencias propias de otras autoridades en el establecimiento de sanciones. También brinda al fiscal o al juez penal los medios para que su labor culmine no sólo con la imposición de una pena, en caso de determinarse la responsabilidad criminal, sino con la posibilidad de compensar a la administración pública por los perjuicios derivados del delito, mediante los bienes del ex servidor puestos a buen recaudo.

Es cierto que en el marco del proceso penal se pueden adoptar medidas cautelares orientadas a asegurar los bienes del encartado pero no tendrían la misma eficacia dado que en el lapso comprendido entre la sanción de destitución y la adopción de la medida cautelar en el proceso penal bien pueden esfumarse las sumas correspondientes al auxilio de cesantía, perdiendo así la administración uno de los pocos medios seguros con que cuenta para la reparación económica del daño recibido”.

Enseñanza de lo dicho en la citada providencia es la de que la interpretación que el empleador dio a la preceptiva anunciada, la propia a su condición de empleador oficial del orden nacional, tampoco podía lucir descabellada o falta de sindéresis, sino más bien, cercana a la asentada en pronunciamientos jurisprudenciales, por ende, remota al concepto de mala fe que erróneamente avizoró el juzgador de la alzada.

Así, bien puede decirse que no hay lugar a considerar de mala fe la posición del empleador, que con fundamento en una interpretación medianamente razonable de las normas que prevén figuras como la retención o pérdida del auxilio de la cesantía, se sustrae a su pago a la fecha de terminación del contrato de trabajo, cuando quiera que se dan los demás supuestos fácticos de la norma pertinente.

De lo que viene, prospera el cargo, por tanto, se casará la sentencia en cuanto al aspecto atacado.

En consecuencia, y sin que se requieran consideraciones adicionales a las expuestas al resolver el recurso extraordinario, se revocará la sentencia del juzgado, en cuanto condenó al Instituto demandado al pago de la llamada indemnización moratoria.

Sin costas en el recurso extraordinario, por la prosperidad del cargo. En sede de instancia, como lo dispuso el Tribunal.

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, **CASA** la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2008, por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso promovido por **SANTANDER SEGUNDO SAMPER VARGAS** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, en cuanto al confirmar en su integridad la sentencia dictada por su inferior mantuvo la condena al pago de la indemnización moratoria reclamada. **NO LA CASA EN LO DEMÁS**. En **SEDE DE INSTANCIA** revoca la dictada el 4 de abril de 2008 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, en cuanto condenó al demandado a pagar al actor \$41.304 diarios, desde el 23 de diciembre de 2004 y

hasta el pago efectivo de lo debido por cesantía y sus intereses, por concepto de indemnización moratoria, y en su lugar, lo absuelve por tal concepto.

Costas como se dijo en la parte motiva.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS