

**LA INDEMNIZACION MORATORIA POR FALTA DE PAGO DE SALARIOS Y/O
PRESTACIONES SOCIALES**

**ALEXANDER VÁSQUEZ ÁLVAREZ
JUAN BAUTISTA MANCILLA MARENCO
RAFAEL GONZÁLEZ INSIGNARES**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
POSTGRADO DE DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
BARRANQUILLA**

Octubre, 2020

RESUMEN

El Derecho del Trabajo está conformado por un conjunto de normas de orden público y contiene unos principios que se erigen como protectores del eslabón más débil de las relaciones laborales: el trabajador, y tiene como finalidad la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, C.S.T. artículo 1º. Entre las obligaciones recíprocas que nacen de las relaciones laborales están las de prestar un servicio personal por parte del trabajador, y por parte del empleador pagar como contraprestación un salario por ese servicio que a su vez genera por fuente legal el derecho del trabajador de percibir unas prestaciones sociales. Del incumplimiento de esa obligación de pagar el salario y prestaciones sociales, deviene una especie de sanción llamada indemnización moratoria que supone mala fe de quien no satisfizo el pago en su oportunidad, lo que obliga a este para exonerarse de la sanción, según la jurisprudencia nacional, a demostrar que no hubo mala fe de su parte ante el impago de las acreencias laborales. Sin embargo, esa sanción moratoria funge como mecanismo de presión para garantizar el pago de las acreencias laborales del trabajador.

PALABRAS CLAVES: Obligación – incumplimiento – indemnización – mala fe – pago - oportunidad

ABSTRACT

Labor Law is made up of a set of public order rules and contains principles that stand as protectors of the weakest link in labor relations: the worker, and its purpose is to achieve justice in the relationships that arise between employers and workers, within a spirit of economic coordination and social balance, CST Article 1. Within the reciprocal obligations that are born out of the labor relations there are the ones of render service by the worker, and by the employer pay as consideration a salary for this service that at the generates by legal source the right of the worker to perceive some social benefits. Failure to comply with the obligation to pay wages and social benefits will result in a penalty called moratorium compensation which implies bad faith of those who did not satisfy the payment at the time, forcing the payer to waive the penalty, according to national case-law, to show that there was no bad faith on his part in the face of non-payment of labor rendered. However, this moratorium sanction serves as a pressure mechanism to guarantee the payment of the worker's labor claims.

KEY WORDS: Obligation - breach - compensation - bad faith - payment - opportunity

INTRODUCCIÓN

El artículo 65 del código sustantivo de trabajo consigna una sanción que el legislador ha dispuesto en la normatividad laboral con el propósito que el empleador pague en su debida oportunidad legal las acreencias laborales que resultan a favor de su trabajador; sanción esta, establecida por el legislador sin los condicionamientos que le ha introducido la jurisprudencia nacional, condicionamientos que eventualmente pueden hacer partícipe al trabajador, aunque fuere temporal, de los riesgos y pérdidas del empleador, situación que se opone a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, y que el juez, auscultando buena fe en el empleador le cercena el derecho al trabajador de percibir la indemnización por la mora en que ha incurrido su empleador al no pagar los salarios y/o prestaciones debidas. (Art. 65 C.S.T., 2018)

Esta institución jurídica es una forma de conminación legal al empleador que se ve compelido a cumplir el pago de salarios y prestaciones sociales que estén insolutas a la terminación del contrato de trabajo. Desde ese punto de vista opera como un mecanismo para garantizar el pago total y en su debida oportunidad, de los salarios y prestaciones sociales del trabajador, aunque en la práctica se encuentran casos de empleadores inescrupulosos, que no solamente no pagan esas acreencias laborales de su trabajador, sino que la niegan bajo el ropaje de una relación contractual diferente previamente diseñada para disfrazar la realidad, situación de donde surge la figura del contrato realidad, amparado en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Esa protección al salario y prestaciones sociales buscada por el legislador se ha visto reducida con la orientación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia con criterios que inducen al juez valorar si hubo buena fe de parte del empleador para no pagar en su oportunidad legal los créditos laborales radicados en cabeza del trabajador, quien, de hecho, en ese momento histórico ha cumplido sus obligaciones a cargo y simplemente espera que el empleador por su parte cumpla las suyas.

Tenemos como objetivo general, describir lo relativo a la indemnización moratoria. Esta investigación se justifica porque en materia laboral la responsabilidad respecto de las obligaciones que se desprenden del contrato de trabajo recae sobre los empleadores quienes, al cumplir sus obligaciones, generan un impacto positivo que beneficia las relaciones interpersonales, el clima organizacional y contribuye al logro de los objetivos propuestos en la empresa.

Con el presente ensayo haremos un breve análisis de las obligaciones laborales de los empleadores en Colombia frente a sus trabajadores al finalizar la relación laboral y las obligaciones que emanan a partir de ello, y además un análisis sobre la efectividad de las normas actuales que rigen la materia y también respecto de quién recae la carga de la prueba de la mala fe, con el propósito de que se genere conciencia en los empleadores sobre la importancia de cumplir las obligaciones nacidas del contrato de trabajo según la ley laboral colombiana y las que surgen por disposición legal a partir de la finalización del mismo; toda vez que el cumplimiento de tales obligaciones, sin duda, impacta en forma positiva la imagen corporativa y

la reputación de la empresa frente a sus trabajadores, incentivando el incremento de la productividad y la elevación de los dividendos corporativos, lo cual posibilitará el impulso de la economía de la empresa y también la economía nacional, lo que a su vez contribuye al equilibrio social y desarrollo sostenible que propicie un mejor futuro a la nación.

Para que haya derecho al pago de la indemnización moratoria es importante tener en cuenta estos dos principales requisitos: a) que, al terminar el contrato de trabajo, el empleador no pague al trabajador los salarios y/o prestaciones debidas, y b) que el incumplimiento en el pago carezca de buena fe de parte del empleador. El Segundo requisito es de capital importancia, porque frente al incumplimiento de su principal obligación al terminar el contrato de trabajo, debe quedar plenamente justificado que su conducta de no pagar la liquidación no está revestida de mala fe.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR FALTA DE PAGO DE SALARIOS Y/O PRESTACIONES SOCIALES

Según el artículo 65 del Código sustantivo de trabajo, si el empleador no paga a la terminación del contrato de trabajo los salarios y/o las prestaciones sociales que le adeuda al trabajador, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagarle a título de 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. Vencido ese término se causará intereses de mora a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera; lo mismo sucede si transcurrido 24

meses desde la terminación del contrato, el trabajador no hubiere presentado la demanda. Tales intereses se causarán sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones sociales.

Lo anterior 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.

La norma en comento habla de indemnización moratoria, pero lo cierto es que se trata más bien de una sanción por la mora en el pago; pues, la indemnización supone la existencia de unos perjuicios que, para su resarcimiento requiere de su demostración y cuantificación. Si bien es cierto que el trabajador sufre unos perjuicios por el retardo en el pago o por la falta de pago, estos perjuicios no son cuantificados propiamente, sino que el legislador ha asignado unos parámetros para establecer su monto en consideración al valor del salario devengado y el tiempo de retardo. No obstante, no es extraño que eventualmente, la falta de pago ocasione en el trabajador de menos salario, un perjuicio más grande que en el trabajador de mayor salario, y aun así, este último recibe como compensación una cifra más elevada que aquel, lo que no ocurre en las reglas generales de indemnización de perjuicios.

La expresión “Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador...” significa que el pago debe realizarse en la misma fecha de la finalización del contrato de trabajo. Esa disposición no concede término o plazo alguno para su cumplimiento, como creen algunos

cuando dicen sin fundamento que el empleador dispone de tantos días, según criterios de unos, o que tiene plazo hasta la fecha en que se realizan los pagos de nómina según otros, lo cual es un exabrupto, primero, porque como se dijo, la norma no concede plazo; y segundo, porque el trabajador que se le terminó su contrato de trabajo, desde ese mismo instante dejó de pertenecer a la nómina del empleador.

Algo similar ocurre en el sector oficial en relación con los trabajadores oficiales respecto de los cuales existe contrato de trabajo, lo que se encuentra regulado por el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, subrogado por el Artículo 1 del Decreto 797 de 1949, (Art. 52 del decreto 2127 de 1945, 2005) y compilado por el Decreto Único reglamentario 1083 de 2015, según el cual, si el empleador no pone a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las Retenciones autorizadas por la ley o la convención, no se considerará terminado el contrato de trabajo, sino suspendido durante los primeros noventa (90) días, y como consecuencia, después de ese tiempo, si no se le ha pagado al trabajador, este seguirá devengando a título de sanción, el salario que venía percibiendo, toda vez que en tal caso, el contrato recobra su vigencia al cumplirse los 90 días de suspensión sin que le cancelen al trabajador lo adeudado. Así está establecido en la ley. " (decreto 797 , 1949)

Pero en el sector público, esa sanción no opera solo por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales como acontece en el sector privado; sino que se da también por el no pago de las indemnizaciones a que haya lugar, y más aún, también se causa este tipo de sanción si no se le practica el examen médico y se le expide el correspondiente certificado de salud al

trabajador que lo solicite a la expiración del contrato, siempre que haya sido sometido anteriormente a otro examen médico como condición para ingresar a la empresa o para permanecer en ella". Artículo 3° del Decreto 2541 de 1945. (Juriscol, 1945)

Si el examen médico no se le realiza al trabajador por su culpa, a pesar de haber recibido la orden correspondiente, no habrá lugar a tal sanción. Se considera que hay culpa del trabajador cuando elude, dificulta o dilata el examen, y si transcurridos cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta al médico respectivo para la práctica del examen. Sin embargo, consideramos que, si la no presentación del trabajador a la realización del examen médico obedece a fuerza mayor justificable, bien puede perseguir el reconocimiento de esta sanción siempre que no hubiere recibido en su oportunidad la orden correspondiente.

REQUISITOS PARA LA OPERANCIA DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Para que opere la indemnización moratoria se requiere de unas situaciones fácticas a saber:

Que su origen sobrevenga de un contrato o relación de trabajo.

Que ese contrato o relación de trabajo haya terminado.

Que exista un pasivo a favor del trabajador y cargo del empleador, por concepto de salarios y prestaciones sociales, o solo de salarios o de prestaciones sociales.

Que ese pasivo no se haya satisfecho en la fecha de la terminación del contrato o relación de trabajo.

Que no exista justificación por parte del empleador de haber incumplido en el pago de las acreencias laborales del trabajador.

ELEMENTOS NECESARIOS PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Para establecer el monto de la indemnización moratoria es necesario conocer:

- a) El valor del salario devengado por el trabajador.

El salario puede ser fijo y puede ser variable.

El salario es fijo, cuando su valor es único, es decir, cuando en cada periodo mensual, el trabajador recibe siempre la misma cifra como retribución por sus servicios.

El salario es variables cuando el trabajador recibe como retribución por sus servicios una suma de dinero distinta en cada periodo mensual. Cuando el salario es fijo, la operación es sencilla; pues, en este caso se toma el salario mensual devengado. Cuando el salario es variable, debe entonces obtenerse el promedio mensual de lo devengado por el trabajador durante el último año de servicios (no los últimos 12 meses, sino en el respectivo año del calendario).

- b) La fecha de terminación del contrato de trabajo.

- c) El tiempo (número de días) transcurrido desde la terminación del contrato de trabajo.

- d) La fecha de presentación de la demanda,

- e) La tasa máxima para los créditos de libre asignación según certificado de la Superintendencia financiera, en el evento que haya de liquidarse tales intereses conforme al artículo 65 del C.S.T.

En torno al artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la orientación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ha sido desde tiempos remotos, que la disposición en comento

consagra una presunción de mala fe en el empleador que, a la terminación del contrato de trabajo, no paga a su extrabajador los salarios y prestaciones adeudados. En ese sentido, existen varias sentencias de la alta corporación de justicia, entre las que se cuentan las siguientes:

Indemnización moratoria no exige reclamación previa del empleador. Presunción de mala fe.

“debe revisar, por vía de doctrina, que para la imposición de la sanción moratoria no es indispensable que el trabajador reclame el pago de los derechos que le corresponda, ni durante la ejecución del contrato ni a su terminación, pues el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no exige dicho requisito al punto que pueda asimilarse a la figura del requerimiento de usanza en las obligaciones civiles”.

“Los jueces laborales deben entonces valorar en cada caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria, pues de acuerdo a lo dicho por la jurisprudencia de la Corte, el contenido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo introduce un excepción al principio general de la buena fe, al consagrar la presunción de mala fe del empleador que a la finalización del contrato omite pagar a su extrabajador los salarios y prestaciones que adeude”.

(CSJ. Cas. Laboral, Sent. Mayo 30-1994 radicado 6666. Régimen Laboral Colombiano de Legis pág. 366 infra 1264 envío 221 de 2004). (Regimen Laboral Colombiano, 2004)

Consignación de títulos judiciales. Debe ir acompañada de la posibilidad de que el trabajador pueda disponer del dinero.

planteada así la controversia, la sala considera que el recurrente tiene razón pues en efecto, el tribunal no podía concluir, sin equivocarse ostensiblemente, que en la liquidación del contrato de trabajo visible a folio 92 quedaron contemplados todos los conceptos que correspondían al trabajador, como tampoco que la misma se hizo con base en el último salario realmente devengado, máxime si se tiene en cuenta que una de las causas de la demanda fue precisamente la falta de cancelación de unas comisiones, y su incidencia en la liquidación final, así como su contabilización en las prestaciones sociales canceladas durante la existencia del contrato, cuya veracidad quedó reafirmada con la consignación ulterior hecha por la empresa reconociendo espontáneamente la diferencia.

De acuerdo con lo anterior, la buena fe de la deudora no podía deducirse de la mera liquidación del contrato de trabajo, mucho menos cuando el conflicto surge precisamente de dicha liquidación, como ya se dijo, porque para que el pago produzca efectos liberatorios debe ser no solo oportuno sino completo, y en caso que no cumpla esta última exigencia corresponde entonces, para deducir la buena fe, analizar las razones invocadas por el deudor para justificar dicha situación, porque de no surgir alguna, inexorablemente se impone descartar la buena fe en la conducta omisiva. (...)

Es así, que, en la forma señalada por la censura, la simple consignación no produce efectos liberatorios si no está acompañada de la posibilidad real de que el trabajador pueda disponer del dinero y aquí sucede que la empresa además de no pagar a la terminación del contrato, todas las acreencias al trabajador efectuó una reliquidación sin sufragársela, por el contrario, retardo la

entrega original del título al juzgado. Tal descuido resulta suficiente para encontrar, contrario a lo que dedujo el tribunal, que la actuación de la empleadora no puede calificarse de buena fe para exonerarla totalmente de la sanción moratoria”. (CSJ Cas. Laboral, Sent. Oct 30-2007 radicado 31712, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón). Régimen laboral colombiano de Legis pág. – 366-1 infra 1269 envío 235 de abril de 2008. (Cuello Calderon, 2008)

“La jurisprudencia en recientes oportunidades ha agregado un ingrediente que rompe la protección histórica al trabajador, exigiéndole al juzgador examinar la conducta patronal, verificando si esta cumple o no el principio de buena fe” esta exigencia no es de extirpe legal, ya que la misma es una apreciación del interprete; principalmente de quienes integran las altas corporaciones en el componente judicial patrio, quienes en sus disertaciones, a veces terminan usurpando funciones del legislador”. (perez, 2013)

Como vemos, siendo que el artículo 65 contiene una presunción de mala fe del empleador que no paga al trabajador sus acreencias laborales al momento de la terminación del contrato de trabajo, corresponde al empleador demostrar que él no obró de mala fe al no pagar en su oportunidad sus obligaciones laborales, justificando los motivos que le hubiesen impedido cumplir esa obligación, los cuales deben ser de tal magnitud, que material y evidentemente, no le permitieran cumplir su compromiso, aunque se encuentran jueces con criterios civilistas que, invirtiendo la carga de la prueba exponen en su motivación que “el trabajador no demostró la mala fe del empleador” y con semejante exabrupto le niegan la indemnización moratoria en comento al trabajador que en realidad tiene derecho a ella.

Ahora, en torno a la indemnización moratoria surge otra discusión en relación con el momento en que el trabajador presenta su reclamación judicial. Si la presenta dentro de los 24 meses contados desde el despido, se causará el día salario devengado por cada día de retardo e intereses de mora a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera a partir del mes 24; si presentare la demanda después de vencido los 24 meses, solamente devengará los intereses de mora a la tasa máxima de créditos de libre asignación. Pues, a nuestro entender, lo que quiso el legislador no era sancionar al trabajador con la pérdida total de percibir los salarios moratorios; sino, limitar la percepción de estos, es decir, que se devengarían solamente durante el término de 24 meses, después de lo cual únicamente se causarían los mencionados intereses de mora.

A lo largo de la historia de las relaciones laborales ha sido visto en forma recurrente que muchos empleadores omiten pagar oportunamente o no pagan en forma completa las acreencias laborales que surgen con ocasión a la terminación de una relación de trabajo. En consecuencia, un eventual fallo en favor del trabajador que demanda constituye un verdadero gasto oneroso para el empleador en comparación con lo que representa el pago oportuno y completo de las prestaciones sociales o salarios debidos con ocasión a los contratos de trabajo. La indemnización moratoria a la que nos referimos en nuestro ensayo sobre el citado artículo 65 del código sustantivo de trabajo, debería considerarse por parte del empleador, un asunto de gran relevancia, como lo es cualquier otro gasto normal para su funcionamiento como empresa.

Adicionalmente, a manera de exhortación recalcamos que el empleador debe pagar la liquidación de salarios y demás acreencias laborales a su empleado de manera completa e inmediata cuando la decisión de la terminación de la relación laboral sea tomada por el empleador, pues cuando es así, el empleador tiene la posibilidad de realizar toda la gestión administrativa necesaria para realizar dicho pago de manera inmediata, de la misma forma, aun cuando la terminación de contrato de trabajo obedezca a un evento inesperado. En cualquiera de los casos, insistimos, no se justifica que el empleador realice en forma extemporánea el pago de las acreencias laborales adeudadas a su trabajador, y de ser así, el Juez laboral deberá ordenar al empleador pagar a su trabajador la indemnización correspondiente conforme a lo establecido en la norma que regula de manera específica esta materia.

Recordemos que la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo funge como un derecho de los trabajadores que, por un lado, cumple la función de indemnizar al empleado por el perjuicio causado con la mora de su empleador, y por otro lado conmina al empleador a efectuar el pago de los salarios y prestaciones al empleado en forma oportuna, esto es desde el momento en que el trabajador queda cesante con ocasión a la terminación del contrato de trabajo. La sanción es un reproche de la norma al empleador por su incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales, sin importar el origen o la responsabilidad que dio lugar a la terminación de la relación laboral.

Unánimemente no compartimos la reciente interpretación desfavorable de la Corte Suprema de Justicia en cuanto que defiende la tesis de que es indispensable demostrar la mala fe para

aplicar la sanción moratoria, consideramos que la corte en esta interpretación además de violar lesivamente el principio del in dubio pro operario, lo desconoce como principio constitucional laboral, que como regla de juzgamiento al surgir una supuesta duda al juzgador este deberá resolverla en favor del empleado, además no respeta el espíritu de la norma, que busca proteger los intereses del empleado quien constituye la parte más débil de la relación empleador - trabajador, y lesiona también los derechos de los trabajadores, pues en ello notamos una especie de legislación en sede judicial que está de más, en cuanto a que agrega elementos no concebidos por el legislador.

El artículo 65 del C.S.T. tiene una redacción clara y sencilla; por lo tanto, no requiere de interpretación adicional alguna; en su redacción literal, no exige requisitos, supuestos o condiciones para su operancia, que señalen circunstancias diferentes al hecho que el empleador o patrono incumpla su obligación, por lo que no resulta viable que quien la interprete sustraiga o agregue elementos normativos externos y menos si lo anterior va en perjuicio de los intereses de los trabajadores.

La figura de la indemnización por no pago fue creada por el legislador con el fin proteger al trabajador, para así evitar que se le cause un daño con la mora que repercute en su calidad vida y la de su familia. El legislador la denominó indemnización; no la concibió como una sanción contra el empleador por lo que no cabe la examinación de culpa o mala fe, por ello para su aplicación como norma valida, actual y vigente, con la sola verificación objetiva del

incumplimiento en el pago por parte del empleador se entiende probado el perjuicio y es deber del empleador resarcirlo.

De lo anterior creemos que esta interpretación jurisdiccional, envía un dañino mensaje a la clase empresarial, a quien le resulta beneficiosa esta interpretación; pues le entrega herramientas al empleador para evitar el cumplimiento en forma oportuna de sus obligaciones laborales con respecto a su trabajador, se incentiva y se promueve este tipo de malas prácticas con las que se burla el propósito y el espíritu para el cual la ley fue creada, además no solo afecta al empleador en una eventual demanda fallada en favor del trabajador como antes dijimos, sino que también afecta considerablemente los intereses y el bienestar del trabajador que bien le ha servido.

CONCLUSIONES

El contrato laboral es fuente de generación de derechos y obligaciones para trabajadores y empleadores siendo una de ellas, la prestación de los servicios personales por parte del trabajador y otra la de pagar lo acordado al trabajador por parte del empleador con algunas excepciones contempladas en la norma laboral que exoneran del cumplimiento de dichas obligación tanto a trabajador como empleador, como es el caso de la causales de suspensión de los contrato de trabajos contenidas en el artículo 51 del código sustantivo de trabajo; verbi gracia, la crisis generada actualmente por el COVID-19 que constituye un caso de fuerza mayor y puede encuadrarse en la causal 1ª. En estos específicos casos o imprevistos la ley vigente es más favorable o protectora para el empleador ya que fue creada con el único fin de salvaguardar el

bienestar del empleador y la economía, sin tener en cuenta al trabajador quien queda en medio de la tormenta o crisis financiera sin ingresos básicos para vivir y llevando la peor parte ya que sin recursos mínimos para su subsistencia y con la expectativa de quedar sin trabajo, su futuro es incierto, en cuyo caso quedaría a la espera de una liquidación e indemnización, si tiene derecho a ella, lo que demoraría un largo tiempo para obtener los resultados si logra hacerlo efectivo.

La ley también es permisiva en ese pago extemporáneo de las acreencias laborales y permite que el empleador use de ella para consignar dichas acreencias (liquidación) a órdenes de un juez mientras se define el pleito jurídico, lo cual demora entre 1 y 3 años y a veces más, mientras el trabajador sufre con su familia las necesidades por la falta de unos recursos que entre otras cosas le pertenece, por haberlo devengado, pero así está diseñada la ley para salvar la buena fe del empleador con dicha consignación, y a veces para encubrir su mala fe, así fuere temporalmente.

Para que se dé el pago de la indemnización es importante tener en cuenta principalmente, estos dos requisitos: a. que el empleador no pague al dar por terminado el contrato y b. el incumplimiento en el pago con ausencia de buena fe de parte del empleador. El Segundo requisito es de capital importancia, porque no es suficiente con que el empleador no pague los salarios o las prestaciones sociales al terminar el contrato de trabajo, sino que la conducta del empleador al no pagar la liquidación, este revestida de mala fe. Es por ello que la indemnización moratoria no aplica de forma automática, como lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 59577 del 5 de febrero del 2020 con ponencia del Magistrado Ernesto Forero Vargas. (Vargas, 5 feb 2020)

“Al efecto, la sala destaca que la doctrina ha fijado sin vacilación alguna, que para establecer la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del C.S.T.es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta omisiva del empleador frente al pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe. Así, de llegar a la conclusión de que la renuencia del empleador es injustificada procede la imposición de la sanción; si, por el contrario, la mora obedece a razones fundadas sobre la inexistencia de la obligación, desaparece la causa y por ende se hace inaplicable la sanción”.

Como la procedencia o no de la indemnización depende que exista buena o mala fe del empleador, y esa buena o mala fe la determina un juez, para que el trabajador pueda reclamar la indemnización moratoria necesariamente debe demandar al empleador, pues este por iniciativa propia no la paga. Es importante recordar que al empleador le corresponde probar o acreditar su buena fe de modo que no es el trabajador quien tiene la carga de la prueba respecto a la mala fe del empleador, lo que tampoco significa que la mala fe se presume como lo señala la misma sala en sentencia 67122 del 04 de febrero del 2020 con ponencia de la Magistrada Ana María Muñoz: (Muñoz, 2020)

“Sin embargo, ello no supone por el contrario que exista una suerte de presunción de la mala fe del empleador, lo que resulta por completo contrario a los postulados del artículo 83 de la Constitución Política”.

Estos humildes aspirantes al grado de especialistas en Derecho Laboral y Seguridad Social, no compartimos el criterio sentado por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que se cita en cuanto dice que “tampoco significa que la mala fe se presuma” primero, porque la falta de pago a la terminación del contrato de trabajo, salvo causa que lo justifique, es precisamente falta de buena fe del empleador (C.S.T. art. 55); (art. 55 C.S.J., 2014) y segundo, porque es precisamente por eso que el empleador debe demostrar con razones valederas que no hubo mala fe al incumplir el pago de las acreencias laborales en la oportunidad que la ley manda, que su incumplimiento obedeció a situaciones ajenas a su voluntad.

Esta interpretación, tampoco resulta contrario a lo expresado en el artículo 83 de la Constitución que reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. (Colombiana, 1991) . Porque una cosa es que la Constitución mande que las actuaciones, tanto de los particulares como de las autoridades deban ceñirse a los postulados de la buena fe (cosa que no siempre se cumple), y otra muy distinta que la misma norma disponga que se presume buena fe en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas. Ni una cosa, ni la otra conllevan a presumir buena fe en el empleador que falta a su deber sin causa que lo justifique solo porque la Constitución diga que las actuaciones... deban ceñirse a los postulados de la buena fe.

Nuestro legislador ha sido parco en los asuntos laborales, es así que tratándose de la mala fe del empleador que no cumple su obligación e inclusive algunos que estafan al trabajador, fue tan

tímido que no se atrevió decir expresa y directamente en la norma, que el empleador procede de mala fe cuando no cumple su obligación después que el trabajador ha cumplido la suya, siendo que el contrato de trabajo, es sinalagmático por su naturaleza; en tanto que en materia civil sí ha dicho expresamente que la buena fe se presume (C.C. Art. 769); pero no lo dice expresamente del efecto contrario, la mala fe. (Art. 769 Código civil, 2014)

BIBLIOGRAFIA

(2014). Bogotá: Leyes.co. el 19 de Bogotá de 2020, de https://leyes.co/codigo_civil/769.htm

Art. 52 del decreto 2127 de 1945 (Vol. Compilado por el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015). (2005). Bogotá: legis. el 19 de octubre de 2020, de https://xperta.legis.co/visor/temp_legcol_8b4b0edf-2709-462f-be4c-637e9e0944d5

Art. 55 C.S.T. (2014). Barranquilla: Leyes.co. el 19 de octubre de 2020, de https://leyes.co/codigo_sustantivo_del_trabajo/55.htm

Colombiana, C. P. (Ed.). (1991). Bogotá. el 19 de octubre de 2020, de <https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-4/articulo-83>

CSJ. Cas Laboral, Sent. Mayo 30-1994 radicado 6666 (infra 1264 envío 221 de 2004 ed.). (2004). Bogotá: Legis. el 16 de octubre de 2020

Cuello Calderon, E. d. (2008). *CSJ Cas Laboral, Sent. Oct 30-2007 radicado 31712* (infra 1269 envío 235 de abril 2008 ed.). Bogotá: Legis. el 16 de octubre de 2020

indemnización moratoria. (2018). *Asuntos legales*. el 19 de octubre de 2020, de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/paula-torres-uribe-2715872/indemnizacion-moratoria-laboral-2786429#:~:text=El%20art%C3%ADculo%2065%20del%20C%C3%B3digo,durante%20los%20primeros%2024%20meses.>

- Juriscal, S. (Ed.). (1945). *Art. 3 del decreto 2541 de 1945*. Bogotá. el 19 de octubre de 2020, de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1462127#:~:text=DECRETA%3A,de%20los%20funcionarios%20del%20ramo>.
- Muñoz, A. M. (2020). Sentencia 67122. *gerencie.com*. el 14 de octubre de 2020, de <https://www.gerencie.com/indemnizacion-moratoria.html>
- perez, e. (2013). *Indemnización por falta de pago*. bogota. el 16 de octubre de 2020, de <http://bdigital.unal.edu.co/12117/1/edgardavidperezsanabria.2013.2013>
- (1949). *suin juriscal*. Bogotá: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1167457>. el 14 de octubre de 2020, de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1167457>
- trabajo, c. s. (s.f.). https://leyes.co/codigo_sustantivo_del_trabajo/65.htm#:~:text=Si%20a%20la%20terminaci%C3%B3n%20del,por%20cada%20d%C3%ADa%20de%20retardo. Bogota: web. Recuperado el 30 de septiembre de 2020, de https://leyes.co/codigo_sustantivo_del_trabajo/65.htm#:~:text=Si%20a%20la%20terminaci%C3%B3n%20del,por%20cada%20d%C3%ADa%20de%20retardo.
- Vargas, E. F. (5 feb 2020). Sentencia 59577. *gerencie.com*. el 14 de octubre de 2020, de <https://www.gerencie.com/indemnizacion-moratoria.html>