

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

EDUARDO JOSE CABELLO ARZUAGA

Magistrado ponente

Valledupar, Cesar, dieciocho (18) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Referencia: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LAUDELINO DE JESUS USTARIZ MEJIA
Demandado: EMDUPAR SA ESP
Radicación: 20001 31 05 002 2017 00274 01
Decisión: CONFIRMA SENTENCIA

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en la ley 2213 de 2022, decide la Sala de manera escrita el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar del 14 de febrero de 2019.

I. ANTECEDENTES

Laudelino de Jesús Ustariz Mejía, promovió por medio de apoderado judicial demanda ordinaria laboral en contra de Emdupar S. A - ESP, con el fin de que se declare que entre ambos existió un contrato de trabajo a término fijo, y que el mismo fue terminado por la empleadora de manera unilateral y sin justa causa. En consecuencia, se condene a el pago de la indemnización por terminación anticipada y unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, auxilio de cesantías, prima extralegal, sanción moratoria, sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales y cotizaciones a la seguridad social, costas, agencias en derecho, ultra y extra petita

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 5 de agosto de 2014, celebró con Emdupar S.A E. S. P, un contrato de trabajo a término fijo por la

duración de 3 años, que finalizaría el 4 de agosto de 2017, para desempeñar el cargo de “jefe de división de talento humano y jefe de control comercial”.

Contó que desempeñó ocasionalmente funciones delegadas por el Gerente titular, compareciendo como representante legal de Emdupar SA ESP, a distintos procesos ordinarios laborales.

Precisó que el salario devengado para el 2014 fue de \$4.461.576, para el año 2015 fue de \$4.684.655, para el año 2016 el salario para el cargo desempeñado fue de \$5.012.581 y para el año 2017 fue de \$5.363.462

Arguyó que mediante acuerdo No.021 del 4 de junio de 2015 se le reconoció *“30 días de salario, como prima extralegal, pagaderas de la siguiente manera: 15 días de salario durante los primeros 10 días del mes de junio y 15 días de salario durante los primeros 20 días del mes”*, señaló que en el mismo acuerdo, en el párrafo segundo de la parte resolutive *“se harán beneficiario de lo dispuesto de este artículo, los trabajadores de manejo, dirección y confianza, que al momento del cambio estatutario de Emdupar S.A E.S.P, dejaron de percibir la prima de vacaciones y navidad, en vigencia de su contrato de trabajo”*, por lo que considera ser beneficiario de esta disposición.

Manifestó que Emdupar S.A ESP mediante el acuerdo antes mencionado estableció en su parte considerativa la creación de la prima extralegal *“con el fin de compensar los beneficios legales dejados de percibir por el cambio estatutario que sufrió la empresa”*.

Señaló que la empresa de servicio publico actuó de mala fe, en razón a que incumplió el acuerdo 021 de junio de 2015 de compensar los beneficios legales dejados de percibir por sus trabajadores con el cambio estatutario, debido a que contrario a lo dispuesto, no tuvo como base de liquidación de la prima extralegal 2014-2015, *“30 días de salario”*, solamente liquido 30 días de sueldo básico, no tuvo en cuenta como factor salarial los viáticos y la prima de servicio causada durante esos periodos, constituyendo una desmejora prestacional.

Expuso que Emdupar S.A ESP reconoció por concepto de viáticos de 2014 la suma de 2.475.600 y por concepto de prima de servicios de 2014 la

suma de 4.461.576, señaló que la empresa de servicios públicos le canceló la prima extralegal de 2014 por un valor de 4.461.576 sin embargo, esta debía ser cancelada por el valor de 5.039.398, reconoció por concepto de prima de servicio 2015 la suma de 3.968.933 y por concepto de prima extralegal de 2015 un valor de 3.968.933 sin embargo, esta debía ser cancelada por el valor de 4.179.499, por lo que le adeuda por concepto de reajuste de prima extralegal del año 2014 y 2015 el valor de 788.388, señala que la prima extralegal, corresponde a la retribución del servicio prestado.

Señalo que Emdupar S.A ESP no realizó el pago del auxilio de cesantías del periodo correspondiente entre el 01 y el 05 de noviembre del año 2015, mencionó que Emdupar S.A ESP confesó mediante oficio adjunto de fecha 27 del año 2017, que consigno a su cuenta individual en el fondo nacional del ahorro, por concepto de cesantías solo causadas entre enero y octubre del 2015, admitiendo que no canceló lo correspondiente al mes de noviembre de 2015.

Manifestó que Emdupar S.A ESP realizó el pago de prestaciones sociales a finales el 18 de diciembre del 2015, y que el 05 de noviembre de 2015 Emdupar S.A ESP, le terminó el contrato de trabajo de forma unilateral, sin justa causa y de forma anticipada, sin especificar las razones de la finalización del vínculo laboral, adeudándole la indemnización por despido injusto, salarios, vacaciones, prestaciones sociales legales y extralegales causadas en la fecha comprendida entre el 6 de noviembre de 2015 hasta el 5 de agosto del 2017, de igual forma que al momento de terminar el contrato de trabajo unilateral y anticipadamente, no le informó y/o acreditó el pago por escrito dentro de los 60 días siguientes a la terminación del vinculo laboral, el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social, y parafiscalidad sobre los salarios de los 3 últimos meses anteriores a la terminación.

Aludió que Emdupar S.A ESP adeuda la sanción moratoria por el no pago de cesantías correspondientes del 1 al 5 de noviembre del año 2015, además del reajuste de la prima extralegal de los periodos 2014-2015 creada mediante acuerdo 021 de junio de 2015, de igual forma le adeuda la sanción moratoria por la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, por no informar del pago de los aportes a seguridad social y parafiscalidad.

Relató que “*Emdupar SA ESP, es una empresa de servicios públicos cuyo capital es mixto de acuerdo a lo establecido en el artículo 14.6 de la ley 142 de 1994 conforme a la escritura pública N° 117, de la notaria tercera de Valledupar de fecha 28 de enero de 2013, se protocolizó la reforma de los Estatutos con relación a la emisión de las acciones de EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE VALLEDUPAR “EMDUPAR SA ESP; aprobadas en asamblea extraordinaria de fecha 10 de diciembre de 2012”.*”

Al contestar, **Emdupar S.A ESP** señaló que es cierto que es una empresa de servicios publico mixta, por lo que la relación con sus trabajadores tienen la naturaleza de trabajadores particulares regidos por el Código Sustantivo del Trabajo, precisó que es cierto el cargo que el actor desempeñó en Emdupar S.A ESP, aclarando que el contrato de trabajo suscrito con el actor lo fue para el periodo 6 de noviembre de 2013 al 5 de noviembre de 2014, el cual se prorrogó por un periodo igual y terminó por la causal consagrada en el literal C del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo y que el contrato aportado con la demanda para la vigencia 5 de agosto de 2014 al 4 de agosto de 2017 no reposa en los archivos de la empresa “*por consiguiente no se puede demostrar que el contrato objeto de prueba estaría generando la relación laboral que el pretende hacer valer*”.

Manifestó que es cierto que le consigno en la cuenta del fondo nacional del ahorro demandante por concepto de cesantías causadas entre enero y octubre de 2015 y que se realizó el pago de las prestaciones sociales finales el día 18 de diciembre de 2015 en favor del demandante.

Frente a los otros hechos señaló que se atiene a lo probado y negó otros hechos, en su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó “*prescripción*”, “*inexistencia de derecho*” y “*buena fe*”.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, mediante sentencia del 14 de febrero de 2019, resolvió:

“PRIMERO: *Se declara la existencia del contrato de trabajo, a termino fijo, entre el trabajador Laudelino De Jesus Ustariz Mejia y su empleadora Emdupar S.A*

ESP pactado desde el 05 de agosto de 2014 hasta el 04 de agosto de 2017, el cual terminó por decisión unilateral, ilegal y sin justa causa, por decisión de la demandada.

SEGUNDO: *Condenar a la empresa Emdupar S.A ESP, a pagarle a laudelino de Jesus ustariz mejoa, los siguientes valores y conceptos: 2.1 por concepto de despido sin justa causa, la suma de 94.585.284, 2.2 Sancion moratorio ordinaria, por la suma diaria de 156.155,16, a partir del dia 05 de febrero de 2016 hasta el 04 de noviembre de 2017, sino se cancela antes la obligacion. Si transcurridos 24 meses , contados a partir de la terminacion del contrato, o hasta cuando el pago se verifique , si el periodo es menor se pagaran intereses sobre lasuma adeudada por concepto de salarios y prestaciones en dinero, hasta el dia que se cancele la obligacion.*

TERCERO: *Costas y agencias en derecho, que seran a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante, las que se liquidaran una vez quede ejecutoriada esta providencia”*

Como sustento de su decisión, señalo en primera medida el *a quo* que a partir del 28 de enero de 2013, la sociedad demandada pasó de ser una sociedad de capital 100% público a una de economía mixta, por lo que conforme a lo dispuesto en el art 41 de la Ley 142 de 1994, las personas que presten sus servicios a Emdupar S.A. E.S.P., como empresa de servicios públicos mixta tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Aclarado lo anterior el juez adujó que si bien la parte demandada alegó que *“el contrato suscrito entre Laudelino de Jesús Ustariz Mejía y Emdupar S.A ESP no nació a la vida jurídica”*, dicha situación no fue probado y por el contrario el testigo Luis Eduardo Gutiérrez Aroca, quien fungió como gerente general de la demandada, aceptó la suscripción y ejecución de ese contrato, por lo que se accedió a la declaratoria del contrato de trabajo fijando como extremos temporales del 5 de agosto de 2015 al 4 de agosto del 2017.

Declarado el contrato de trabajo a termino fijo, el juez encontró que Emdupar S.A ESP dio por terminado el contrato de trabajo el 5 de noviembre del 2015 alegando *“la expiración del tiempo inicialmente pactado, artículo 5 de la ley 50 de 1990 literal C”* lo cual es inaplicable al caso, por haberse modificado el término de su duración, como consta en F°42 donde expresamente se dejó sin efecto el contrato anterior, por lo que la condenó al pago de la correspondiente indemnización.

Asimismo, condenó a la demandada al pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, al no encontrar satisfecho el pago de las cotizaciones a la seguridad social integral y parafiscalidad, ni que le hubiera puesto en conocimiento de dichos pagos al ex trabajador, indicando que la demandada no alegó motivo alguno que justificara su omisión.

Finalmente, al encontrar satisfechos los restantes derechos laborales pretendidos con la demanda, absolvió a la pasiva de las mismas.

III. APELACION

Inconforme con esa decisión el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia, alegando que en la sentencia se contemplo el contrato aportado por la parte demandante, resaltando, que para Emdupar S.A ese contrato de trabajo no nació a la vida jurídica, precisó que Emdupar S.A ESP liquidó la totalidad de las prestaciones, actuando de buena fe, reiteró que frente al despido injusto, no lo considera así, toda vez que el contrato no nació a la vida jurídica, además que no tuvo en cuenta el juez el testimonio de “Liseth” y el contrato aportado por la demanda.

Expuso que debe ser absuelta del pago de la sanción moratoria impuesta, como quiera que el juzgado de manera oficiosa solicitó a las entidades de seguridad social aportaran la historia laboral de Laudelino de Jesús Ustariz Mejía y sin embargo nunca dieron respuesta.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala procederá a resolver los recursos de apelación en los estrictos términos de los reparos, razón por la que delimita su estudio en determinar **i)** si entre Laudelino de Jesús Ustariz Mejía y Emdupar S.A ESP, existió un contrato de trabajo entre el 5 de agosto de 2014 hasta el 4 de agosto de 2017 o si por el contrario entre las partes solo existió un contrato de trabajo a término fijo que inició el 6 de noviembre de 2013 y terminó el 5 de

noviembre de 2015 como lo aduce la demandada, asimismo debe verificarse **ii)** si fue acertada la decisión del *a quo* de condenar a la pasiva al pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, al no demostrarse en juicio el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social integral y parafiscalidad surgidas con ocasión al contrato de trabajo que ató a las partes.

No hace parte del litigio en esta instancia por haberse declarado en la primera instancia y no ser objeto de los reparos del recurso de apelación que inicialmente la empresa demandada, EMDUPAR, S.A. E.S.P; tenía el carácter de sociedad anónima, constituida con un capital representado en acciones 100% de carácter oficial, por lo tanto sometida a las reglas de una empresa Industrial y Comercial del Estado, siendo por eso que todos sus servidores tenían la calidad de trabajadores oficiales, excepto aquellos que desempeñaran cargos de dirección, a quienes se les califica como empleados públicos. Sin embargo, por escritura pública del 28 de enero de 2013, de la Notaria Tercera de Valledupar, inscrita en la Cámara de Comercio el 30 de mayo de 2013, se reformaron los estatutos de esa sociedad, y en adelante pasó a ser una empresa de servicios públicos mixta, razón por la que a partir de esa fecha, y teniendo en cuenta lo establecido en el **art 41 de la Ley 142 de 1994**, las personas que presten sus servicios a Emdupar S.A. E.S.P., como empresa de servicios públicos mixta tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, hechos estos que fueron aceptados por la demandada al contestar el hecho “segundo” de la demanda.

1. De la existencia del contrato de trabajo.

Con el fin de determinar los presupuestos de la norma que configuran un contrato de trabajo, resulta importante remitirnos a lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala que para que se estructure, se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: i) la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; ii) la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad

de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y iii) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019, SL3345 de 2021).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

En paralelo, la Sala Laboral de H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4479-2020, con el fin de establecer o descartar la existencia de relaciones laborales subordinadas, ha acudido a los indicios consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, en especial: **i)** la integración del trabajador en la organización de la empresa y; **ii)** que el trabajo sea efectuado única o principalmente en beneficio del contratante.

La anterior regla jurisprudencial ha sido reafirmada en las sentencias SL5042-2020; SL1439-2021; SL2955-2021; SL2960-2021; SL3345-2021 y SL3436-2021. Destaca la Sala la última providencia citada, en la cual la citada Corporación ha puntualizado que solo algunos de los indicios o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron consagrados en el

artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho precepto hace una mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo, a saber:

- a)** Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479-2020).
- b)** La exclusividad (SL460-2021).
- c)** La disponibilidad del trabajador (SL2585-2019).
- d)** La concesión de vacaciones (SL6621-2017).
- e)** Aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555-2015).
- f)** Cierta continuidad del trabajo (SL981-2019).
- g)** El cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981-2019).
- h)** La realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344-2020).
- i)** El suministro de herramientas y materiales (SL981-2019).
- j)** El hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (SL4479-2020).
- k)** El desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL Rad 34.393 del 24 de agosto de 2010).
- l)** La terminación libre del contrato (SL6621-2017).
- m)** La integración del trabajador en la organización de la empresa (SL4479-2020 y SL5042-2020).

Finalmente, en la sentencia SL3436-2021, analizó el criterio de integración en la organización de la empresa y concluyó que es un indicador abierto y complejo, el cual parte de considerar la empresa como una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de un titular, siendo un indicio de subordinación cuando el empresario organice de manera autónoma sus procesos productivos y luego inserta al trabajador para dirigir y controlar su labor en pro de esos fines laborales, por cuanto si el colaborador no tiene un negocio propio ni una organización empresarial con una propia estructura, medios de producción, especialización y recursos, se puede inferir que carece de autonomía porque no se trata de una persona que

“realice libremente un trabajo para un negocio” sino que aporta “su fuerza de trabajo al engranaje de un negocio conformado por otro”.

1.1. El caso concreto.

En el asunto *sub examine*, asegura el accionante que fue vinculado mediante un contrato de trabajo a término fijo con Emdupar S.A ESP, señalando como extremos temporales el 5 de agosto de 2014 hasta 4 de agosto de 2017, desempeñando el cargo de jefe de dirección de talento humano y jefe de control comercial y ocasionalmente funciones delegadas por el gerente titular.

Documentalmente en el expediente obra contrato de trabajo a término fijo suscrito entre Laudelino De Jesús Ustariz Mejía y EMDUPAR SA, para desempeñarse como “*jefe división talento humano*” cuya vigencia se pactó del 6 de noviembre de 2013 al 5 de noviembre de 2014 (f° 105 y 106), asimismo obra entre folios 24 y 25 contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las mismas partes, para ejercer el mismo cargo, pero para la vigencia comprendida entre el 5 de agosto de 2014 al 4 de agosto de 2017.

No obstante la encartada se opone a la declaratoria de existencia del segundo contrato, aduciendo que el mismo nunca existió como quiera que no obra en los archivos de la empresa, para lo cual trajo al proceso a la testigo Liseth Pineda Barrio, quién manifestó que como jefe de gestión humana de Emdupar SA, le hizo al actor dos requerimientos para que aportara los contratos que hubiere suscrito con esa empresa, pero que este solo le hizo llegar el pactado para el periodo 6 de noviembre de 2013 al 5 de noviembre de 2014, por lo que desconoce la existencia del contrato de trabajo aportado por el actor entre folios 24 y 25, aduciendo además que no presenció la suscripción de ningún contrato en el que estuviera involucrado el actor.

También, y por solicitud de la encartada se escucharon las declaraciones de los testigos José Jaime Zabaleta Daza y Miladis Padilla Bermúdez, quienes fueron enfáticos en manifestar que conocen al hoy demandante debido a que este ingresó a laborar para EMDUPAR SA, en el año 2012 mediante nombramiento de libre remoción y que luego del cambio de los

estatutos de la empresa a mixta, se vinculó mediante contrato de trabajo para ejercer labores como jefe de talento humano hasta el 2015 y que con posterioridad a esa data, siguió prestando sus servicios pero en otra área como “*jefe de control comercial*”.

A esos testigos la Sala les otorga pleno valor probatorio como quiera que fueron compañeros de trabajo del actor en la empresa, pues la primera, labora para la demandada desde febrero de 2012 y desde el 24 de febrero de 2015 desempeña el cargo de jefe de gestión humana, el segundo se encuentra vinculado desde el año 2006 y la última “*desde hace 24 años*”, por lo que percibieron de manera directa los hechos por ellos narrados.

Asimismo, se escuchó la declaración del testigo Luis Eduardo Gutiérrez Aroca, quien manifestó que fungió como Gerente General de Emdupar SA entre el 5 de enero de 2012 al 14 de agosto de 2014, y que en uso de sus facultades como gerente suscribió con el actor el contrato de trabajo de folio 24 y 25 (*término fijo del 5 de agosto de 2014 a 4 de agosto de 2017*), así como el que reposa entre folios 105 a 106 (*termino fijo del 6 de noviembre de 2013 al 5 de noviembre de 2014*), contó que al suscribir el segundo contrato se dejó sentado en el contenido del mismo que el anterior contrato quedaba sin vigencia. A este testigo también se le otorga credibilidad al haber ostentado este la representación legal de la encartada durante los años 2012 a 2014, y por haber intervenido en los negocios jurídicos objeto de estudio.

El demandante también aportó con el libelo genitor:

- Resolución N° 00602 del **14 de septiembre de 2015**, mediante la cual el Gerente de Emdupar, resolvió: “*Delegar al funcionario LAUDELINO DE JESUS USTARIZ MEJIA, jefe de división de control comercial de EMDUPAR., las funciones de Gerente, para comparecer ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar a la audiencia de conciliación, el día 14 de septiembre de 2015*”. Acto administrativo al cual se le adjuntó el contrato de trabajo a termino fijo suscrito para el periodo 5 de agosto de 2014 al 4 de agosto de 2017 (f° 41 a 43).

- Acta de audiencia celebrada el **14 de septiembre de 2015** por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, suscrita por el actor como *“Representante legal de Emdupar SA”*.
- Comunicación externa del 5 de noviembre de 2015, mediante la cual el gerente de Emdupar SA, le comunica a Laudelino de Jesús Ustariz Mejía *“presentarse en las instalaciones de CALIDAD IPS, para que se realice los exámenes de egreso o evaluación médica pos ocupacional atendiendo las exigencias de salud ocupacional”*.

Al analizar en su conjunto esas pruebas, para la sala está acreditado que Laudelino De Jesús Ustariz Mejía y Emdupar SA ESP, inicialmente suscribieron un contrato de trabajo a término fijo para el periodo que va del 6 de noviembre de 2013 al 5 de noviembre de 2014 (f° 103), que al guardar silencio las partes respecto de no continuidad, se prorrogó automáticamente por un periodo igual, es decir del 6 de noviembre de 2014 al 5 de noviembre de 2015, sin embargo con anterioridad al fenecimiento del plazo fijo pactado, las partes en uso de su voluntad decidieron suscribir uno nuevo para la vigencia 5 de agosto de 2014 al 4 de agosto de 2017 (f° 24), plasmando en la cláusula **“DECIMA CUARTA”** del contrato: ***“El presente contrato reemplaza y deja sin efectos cualquier otro contrato verbal o escrito que se hubiera celebrado entre las partes con anterioridad”***.

Bajo ese horizonte, no tiene acogida en esta instancia los argumentos de la encartada para desconocer la existencia del contrato de trabajo suscrito para el periodo 5 de agosto de 2014 al 4 de agosto, cuando dice que el único contrato existente fue el ejecutado entre el 6 de noviembre de 2013 al 5 de noviembre de 2015, por cuanto quien fuere el Gerente General de esa empresa para aquella data, aceptó que en uso de sus facultades como gerente suscribió dicho contrato, el cual se ejecutó, pues así afirmaron los testigos traídos por la misma demandada, pues José Jaime Zabaleta Daza y Miladis Padilla Bermúdez, declararon que si bien hasta el 5 de noviembre 2015 el actor ejecutó funciones como jefe de talento humano, también dijeron que luego de ese año, Ustariz Mejía continuó prestando servicios a EMDUPAR, en el área de *“control comercial”*.

Con todo lo dicho necesariamente se confirma la decisión apelada en este punto.

2. De la sanción moratoria.

La Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, contempla las obligaciones del empleador frente al trabajador, de cancelar al momento de finalizar el contrato de trabajo los salarios y prestaciones sociales debidos. La referida sanción debidos consiste en el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de los referidos emolumentos.

La citada sanción moratoria no opera de forma automática, pues para su procedencia, se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, frente al tema tiene adoctrinado que:

*“Las sanciones moratorias (arts. 65 CST, 99 Ley 50/90) **proceden cuando el empleador no aporta elementos de convicción o razones satisfactorias y creíbles de su conducta, es decir, que obró de buena fe pese a incurrir en mora en el pago de salarios y prestaciones del trabajador**”.* (SL1439-2021).

Ahora bien, se hace necesario recordar lo estipulado en el parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, el cual prevé:

*“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”.* (Negrilla fuera de texto)

Pues bien, inicialmente es importante aclarar que de vieja data la Jurisprudencia vertical de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema

de Justicia ha explicado que la finalidad de la norma es garantizar el pago oportuno de los aportes a la seguridad social y parafiscales, y no la estabilidad en el empleo (CSJ SL12041-2016 reiterada en la SL2746-2023). Es por eso que la consecuencia jurídica de la falta de pago de aportes no es la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, sino, la generadora de una sanción moratoria.

Dicho esto, encuentra la Sala en este caso viable el pago de la sanción moratoria estipulada en el citado párrafo, debido a la falta de aportes a seguridad social, necesario se hace traer a colación lo explicado por esta Corporación en sentencia CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35303, reiterada en la SL458-2013, donde se adoctrinó:

“Ahora, el Parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que modificó el 65 del C.S.T., no contempla el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, tan es así, que la norma consagra el pago posterior de las cotizaciones, dado que su finalidad no es otra que la de garantizar el pago oportuno de los aportes de seguridad social y parafiscales. En efecto, revisado el trámite que en el Congreso de la República tuvo el proyecto de la que sería la Ley 789 de 2002, se percibe que en la exposición de motivos se denominó el plan como aquel *“POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS PARA PROMOVER EMPLEABILIDAD Y DESARROLLAR LA PROTECCIÓN SOCIAL”*, mientras que en el capítulo llamado *“justificación y desarrollo de los articulados”* se precisa que como lo *“postulan los artículo 23 al 30, tales condiciones especiales se han diseñado con el especial cuidado de no debilitar a las entidades administradoras de los recursos de SENA, ICBF y Cajas de Compensación, en la medida en que éste beneficio sólo se concederá a quienes mantengan en términos reales sus aportes a tales entidades. Igualmente, estamos solicitando facultades para cerrar la brecha de la evasión frente a todos los aportes parafiscales, en armonía con el proceso de simplificación en el recaudo que queremos construir...”*”.

En ese orden, el bien jurídico protegido es la viabilidad del sistema de seguridad social integral, teniendo especial cuidado en no debilitar al SENA, al ICBF y a las CAJAS DE COMPENSACIÓN y por ello se incluyó en el Parágrafo 1° del artículo 65 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, el estado de pago de las cotizaciones por **parafiscalidad**, por su significación social, lo que descarta que tal protección se encamine a la estabilidad en el empleo, por el contrario, lo consagrado por la norma tiende a la coerción como mecanismo para la viabilidad del sistema, precisamente con lo que podría denominarse como *“sanción al moroso”*.

Por ello, carecería de lógica que, aun cesando la causa de la sanción, ejemplo pago posterior, continuase el correctivo como lo sería la orden de reintegro del trabajador al cargo y los efectos que conllevaría el mismo, situación superada por la jurisprudencia. Precisamente en sentencia de 30 de enero de 2007, radicación 29443, se reflexionó así:

“Sea lo primero indicar que la condición de eficacia para la terminación de los contratos de trabajo prevista en el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, es un mecanismo de garantía de cobertura real y concreta para el trabajador en materia de seguridad social y contribuciones parafiscales; ciertamente si se le exige al empleador que, para que el despido que se propone realizar sea apto para terminar el contrato de trabajo, cumpla con

sus obligaciones para con las entidades del sistema de seguridad social y administradores de recursos parafiscales, se evita que las prestaciones o servicios que estas instituciones ofrecen se nieguen por falta de pago completo de las respectivas cotizaciones o aportes.

*“El artículo 48 de la Constitución Política establece como principio de la seguridad social la **sostenibilidad financiera del sistema**, puesto que la eficacia de los derechos consagrados está irremisiblemente unida a la existencia de recursos suficientes, estimados más allá de los demandados por la urgencia del día, para la viabilidad de las instituciones durante esta y las siguientes generaciones.*

“El Constituyente y el legislador de las últimas décadas, han tenido como finalidad central de sus proyectos y disposiciones el garantizar el equilibrio financiero del sistema, que se obtiene no sólo incrementando los aportes del empleador y del trabajador, y del Estado, sino garantizando los medios para asegurar su efectivo recaudo”.

Por tanto, al armonizar la preceptiva en cuestión, al igual que lo hizo la jurisprudencia con el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, desde el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, se condenará a la parte demandada a pagar al actor, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en sufragar los aportes parafiscales de los tres últimos meses anteriores a la terminación del contrato con BERNAL BEJERANO, desde el 1° de abril de 2004 y hasta cuando CARACOL S.A. acredite el pago de tales aportes con posterioridad a esta decisión. Conforme al documento de folio 93, el salario diario era de \$27.522. (Resalta la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior al no evidenciarse en el expediente el pago de los aportes a la seguridad integral y parafiscalidad, correspondiente al periodo laboral por el actor en favor de la demandada, esta Sala confirma la decisión atacada por esta, en tanto a que no aportó elementos de juicio que justifique dicha conducta omisiva, ubicándola así en el campo de la mala fe.

No comparte esta instancia lo manifestado por la censura en los fundamentos del recurso de alzada, cuando afirma que eran las entidades de seguridad social integral las encargadas de acreditar las cotizaciones, por cuanto conforme al artículo 167 del CGP, es la empleadora quien debe allegar las pruebas necesarias tendientes a exonerarse del pago de esta sanción moratoria.

Al no salir avante el recurso de apelación interpuesto por la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del CGP aplicable al trámite laboral en virtud del artículo 145 del CPT y ss, se condena a la recurrente a pagar las costas por esta instancia.

V. DECISIÓN

Por lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, SALA N°1 CIVIL – FAMILIA – LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar del 14 de febrero de 2019

SEGUNDO: Se condena a la demandada a pagar las costas de esta instancia. Inclúyase por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV. Líquidense concentradamente en el juzgado de origen

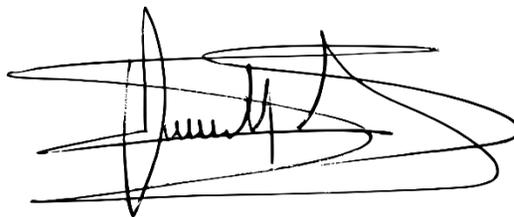
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Intervinieron los Magistrados,



EDUARDO JOSE CABELLO ARZUAGA

Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH

Magistrado