



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA  
SALA QUINTA DE DECISIÓN - CIVIL FAMILIA LABORAL

M.P. EDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL  
Demandante: HECTOR JULIO CRUZ LOSADA  
Demandado: EMPUG S.A. E.S.P.  
Radicación: 41298 31 05 001 2016 00140 01  
Asunto: RESUELVE APELACIÓN DE SENTENCIA

*Discutido y aprobado mediante Acta No. 089 del 21 de septiembre de 2020*

Neiva, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020)

## 1. ASUNTO

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia proferida el 06-feb-2017 por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Garzón dentro del presente proceso.

## 2. ANTECEDENTES RELEVANTES

### 2.1. LA DEMANDA

PRETENSIONES: Pretende el demandante, se declare que entre él y la empresa demandada, existió contrato individual de trabajo a término fijo desde el 15-ene-2010 hasta el 25-ene-2016. Que en la liquidación de prestaciones sociales no se incluyeron los viáticos permanentes que devengó desde los años 2010 a 2016, los cuales constituyen factor salarial.

Además, asegura que el contrato individual de trabajo a término fijo fue prorrogado por un año más, desde el 15 de enero del 2016 al 14 de enero del 2017, debido a que no hubo manifestación por ninguna de las partes, , siendo este contrato terminado sin justa causa el 25 de enero del 2016 por el empleador, por consiguiente se debe



el pago de los salarios correspondientes a la prórroga que se había extendido hasta el 14 de enero del 2017, e indemnización por la terminación unilateral, y asimismo, las diferencias salariales insolutas desde el 15 de enero del 2010 al 25 de diciembre del 2016.

Por otro lado, solicita que se le reliquiden las prestaciones sociales conforme a los salarios realmente devengados, incluyendo los viáticos permanentes, y adicional a esto la sanción moratoria establecida en el art. 65 del CST numeral 1, e igualmente la sanción del art. 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías sobre el salario devengado. Asimismo, que se realice el pago de los aportes a Seguridad Social sobre las diferencias salariales insolutas desde el 25 de enero del 2010 al 25 de enero del 2016, y lo correspondiente al 26 de febrero de 2016 hasta el 14 de enero de 2017.

HECHOS: Relató el actor que mediante Acta de Posesión N° 01 del 15 de enero de 2010, se vinculó laboralmente a la empresa demandada para el cargo de Gerente; ejecutando sucesivos contratos a término fijo por un año (1), durante 6 años, desde el 15 de enero del 2010 hasta el 25 de enero del 2016, ostentando la calidad de trabajador particular, por lo tanto sometido al Código Sustantivo del Trabajo.

Que durante la relación laboral la Junta Directiva de la empresa, estableció el sistema de Nomenclatura y Clasificación de los Empleos, para las vigencias fiscales desde 2010 al 2016, estableciendo un salario mensual y un sueldo básico con viáticos permanentes; así correspondiendo a que desde el 15 de enero del 2010 hasta el 31 de enero del 2010 devengaba de salario \$1.595.000 y viáticos \$1.325.000, incrementándose su remuneración durante los 6 años hasta llegar a alcanzar desde el 01 de enero del 2016 hasta el 25 de diciembre del 2016 el salario de \$2.783.333 y viáticos \$2.480.000.

Relata que mediante oficio N° 022 del 27 de enero del 2016 expedida por la Alcaldesa Municipal en su condición de Presidenta de la Junta Directiva y accionista mayoritaria de la E.S.P.; se le comunicó al demandante que mediante Acta N° 03 del 23 de enero del 2016 se había nombrado otra persona como nuevo gerente de la empresa EMPUG S.A. E.S.P.



Al mismo tiempo, indica que mediante Resolución Administrativa N° 008 del 25 de febrero de 2016, la empresa demandada le pagó la liquidación de las prestaciones sociales finales teniendo como base de liquidación la suma de \$2.783.333 y no el salario realmente devengado, que corresponde a \$5.263.333. Insiste en que, ni en las prestaciones ni en los aportes a Seguridad Social se tuvieron en cuenta los viáticos permanentes como salario.

Concluye que no recibió ninguna indemnización con ocasión a la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo.

## 2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a las pretensiones, sosteniendo en primer lugar que la vinculación del demandante no es a través de contrato de trabajo, ni mucho menos por 6 años, pues al ser el gerente su nombramiento se hace mediante Acto Administrativo y posterior Acto de Posesión, como funcionario de periodo.

Refiere que la entidad no obró de mala fe al no incluir los viáticos como factor salarial, manifestando que en ninguna parte de los estatutos se señaló que estos viáticos deberían ser permanentes, por el contrario, solo de manera excepcional y previa comisión se solventaría el transporte para atender los asuntos de la empresa.

Por otro lado, aduce que no existió tal contrato de trabajo a término fijo, pues la legislación laboral dice que esta figura se debe constatar por escrito, reiterando que el demandante fue nombrado por Acto Administrativo y Posesión, actos distintos a la vinculación que refiere la pretensión. Frente a la pretensión de indemnización por despido injusto, sostiene que por las prórrogas sucesivas el contrato se había convertido en uno de término indefinido, razón por la cual no sería dable imponer la sanción como la reclama el demandante.

Igualmente, agrega que la desvinculación estaba dentro de los términos estatutarios de la empresa y son una de las facultades de la Junta Directiva.



### 3. SENTENCIA APELADA

En la audiencia celebrada el 06-feb-2017 la jueza de instancia accedió parcialmente a las pretensiones declarando la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la empresa EMPUG S.A E.S.P, durante el periodo del 15 de enero del 2010 al 25 de enero del 2016, terminado por despido sin justa causa.

Dispuso la reliquidación de las prestaciones sociales del trabajador desde noviembre de 2013 (prescripción) por considerar que no se hicieron con el salario establecido sino con uno inferior. Igualmente, condenó a la empresa demandada a reajustar el pago de las cotizaciones a pensión de toda la relación laboral, con los siguientes salarios:

AÑO	TOTAL SALARIO
2010	\$2.595.000
2011	\$2.643.000
2012	\$3.195.150
2013	\$4.318.000
2014	\$4.592.000
2015	\$4.830.000
2016	\$2.783.333

Asimismo, ordenó pagar la indemnización por despido sin justa causa por la suma de \$11.133.335; como también la indemnización moratoria del que trata el art. 65 del CST, con un sueldo diario \$92.777 por cada día de retraso, desde el 25 de enero del 2016, hasta que se verifique el pago total de la obligación.

Como fundamento de su decisión, consideró en primer lugar que no existió contrato a término fijo por cuanto el art 46 del CST establece que éste debe constar por escrito, y por lo tanto, se presume a término indefinido conforme al art. 47 ídem.

Sostuvo que la demandada es una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Mixta, en la cual sus aportes son, tanto públicos como privados, por lo cual, la vinculación de su personal estará sometida a las normas particulares, esto es el CST, conforme a la Ley 142 de 1993, art 41.



Respecto al despido sin justa causa, consideró acreditado que la terminación del contrato se efectuó en razón a la decisión del 26 de enero del 2016 adoptada por la Junta Directiva de la E.S.P., en la cual nombró nuevo gerente, y dado que las pruebas recaudadas no evidencian el motivo que tuvo la empresa para relevar de su cargo al demandante (art. 62 del CST), concluyó que su contrato finalizó por despido sin justa causa según art. 64 del CST, imponiendo la respectiva indemnización por la suma de \$11.133.335 con base en el último salario devengado, que fue \$2.783.833.

En lo atinente a la reliquidación de prestaciones y aportes a seguridad social con inclusión de los viáticos devengados, sostuvo la juzgadora que el art. 130 del CST establece que los viáticos permanentes constituyen salario en aquellos casos que estén destinados a la manutención y alojamiento, pero no en gastos de transporte o representación. En torno a este punto, sostuvo que en los años 2010 y 2011, se logra diferenciar con claridad los gastos de transporte, alojamiento, y manutención, que se le cancelaron al demandante, teniendo en cuenta que se certificaba cual era el valor correspondiente de cada uno de estos conceptos, mientras que en los años 2012, 2013, 2014 y 2015 se cancelaron estos valores pero sin tener certeza de cual fuera el valor discriminado por alojamiento y manutención en cada anualidad, indicando que según la jurisprudencia “si el empleador no cumple con su deber legal de precisar al momento del pago de los viáticos cuales destina a cubrir los gastos de alimentación y alojamiento, y cuales a otra finalidad, el juez debe asumir que todos tienen naturaleza salarial”, C-082 de 1996 M.P- Alejandro Martínez Caballero. Respecto del año 2016, la jueza dispuso el valor de la remuneración en \$2.783.333, debido a que no hubo material probatorio que determinara los viáticos causados en ese año, recordando que sólo se laboró unos días de enero.

Al analizar la prescripción del art. 488 del CST, consideró que ésta operó sobre los derechos causados con anterioridad al 3 de noviembre del 2013.

Impuso condena por la indemnización del art. 65 del CST tras considerar que la empresa no acreditó ninguna razón justificable para no pagar al demandado las prestaciones conforme al salario realmente devengado, pues no basta que haya negado la naturaleza salarial de los viáticos permanentes. Por ello impuso la sanción moratoria desde el 25-ene-2016 hasta la fecha en que se haga el pago total. Negó



la sanción moratoria de que trata el art. 99 de la ley 50 de 1990 por considerar que la misma cesa cuando empieza a pagarse la moratoria, pues rige mientras está vigente el contrato (citando Sentencia 14370 de 23-mar-2001, M.P. Luis Gonzalo Toro).

#### 4. RECURSOS DE APELACIÓN

**4.1. APELACIÓN DEL DEMANDANTE:** Fundamentó su recurso en los siguientes puntos:

1. En primer lugar, consideró que sí se probaron los viáticos permanentes del año 2016, como consta en la Resolución Administrativa 008 del 2016, donde se pagaron \$1'188.000 en viáticos de enero de 2016 y \$300.000 en gastos de transporte, razón por la cual debió hacerse la reliquidación en ese año.
2. Además, en virtud del principio de la primacía de la realidad, las normas propias de la empresa establecían que el período del gerente era de un año, y así mismo fue nombrado y posesionado por periodos de un año, y ese fue el querer de las partes, contrato que se fue renovando año tras año, y por ello debe declararse el contrato a término fijo, e imponer la indemnización del art. 64 del CST para estos contratos.
3. Que se debe pagar la sanción moratoria del art. 99 de la ley 50 de 1990 hasta la terminación del contrato, pues el hecho de que esta se sustituya al momento del despido por la sanción de que hala el art. 65 del CST, no puede desconocerse su causación.

**4.2. APELACIÓN DE EMPUG S.A. E.S.P.:** Plantea los siguientes puntos de censura:

1. Que la irregularidad probada y objetiva en el pago de viáticos sin los debidos soportes, fue la causa por la cual la Asamblea de Accionistas decidió relevar al gerente, y que este motivo fue debidamente informado y conocido por el demandante en el documento en el cual se le dio respuesta a su reclamación administrativa, documento en que se explicó que la ausencia de soportes de los viáticos fue una de las principales razones de la Junta Directiva para dar por terminado el vínculo.
2. Frente a la reliquidación de las prestaciones sociales, reconoce el apelante que, desde los alegatos de conclusión nunca se negó la existencia de viáticos permanentes, pero aclara que según el art. 130 del CST los viáticos permanentes





3°. ¿Incurrió la juzgadora en defecto fáctico al dar por probado que los viáticos devengados por el accionante entre 2010 y 2015 revestían connotación salarial, y concluir que durante el mes de enero de 2016 no se probó la causación de viáticos de ninguna índole en favor del actor?

4°. ¿Cometió yerro sustancial la falladora de instancia al denegar la sanción por no consignación oportuna de las cesantías conforme lo establece el art. 99 de la Ley 50 de 1990?

5°. ¿Acreditó la empresa demandada la buena fe para exonerarse de la sanción moratoria establecida en el art. 65 del C.S.T.?

## 5.2. RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:

### FRENTE A LA MODALIDAD DE DURACIÓN DEL CONTRATO

Alega el demandante que su vinculación con la Empresa de Servicios Públicos del Municipio de Guadalupe, en el cargo de Gerente, se desplegó a través de sucesivos contratos de trabajo a término fijo, y para fundamentar tal tesis, argumenta que, como la demandada no tenía claridad en torno al régimen jurídico laboral aplicable a su representante legal, era vinculado mediante nombramiento y posesión (como si se tratase de un empleado público), pero que aquellos nombramientos se efectuaban para períodos fijos de 1 año y que esa era la voluntad de ambas partes, razón por la cual, sostiene en su apelación que debió la jueza de instancia reconocer que en la realidad el contrato era de duración fija, independientemente de que no existiera un pacto formal sobre la duración del mismo.

Frente a ello, esta Corporación descarta de tajo la posibilidad de admitir la existencia un contrato laboral a término fijo meramente consensual, pues el artículo 46 del C.S.T. no ofrece dudas al intérprete, en que *"El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito"*.

A pesar de que el aludido artículo 46 ha sido objeto de diversas reformas, la Sala recuerda que el requisito solemne de la existencia de pacto escrito sobre la duración determinada del contrato, viene consagrado desde la versión original del Decreto 2663 de 1950 (C.S.T.). En sentencia del 03-feb-1960, reiterada en fallo del 23 oct.



1970<sup>1</sup>, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al analizar la exigencia de constancia escrita del pacto de duración fija, sostuvo:

*“De acuerdo con la ley, la sola expresión escrita de una de las partes, aceptada tácitamente por la otra, no es manera de cumplir la exigencia acerca del contrato a término fijo.*

*(...)*

*La sola expresión del querer de una de las partes es apenas la manifestación unilateral de la misma sobre las condiciones del contrato, que tratándose del de trabajo tienen plena validez, en general, si la voluntad de la otra concurre así sea tácitamente. Pero no es la concreción formal válida respecto del término fijo del convenio, porque ella, en su forma externa, debe registrar en la escritura auténtica la concurrencia del patrono y trabajador. Y si el requisito del documento escrito, sin fórmulas sacramentales desde luego, pero en donde se establezca por los contratantes, con el respaldo de sus firmas, el contrato a término fijo, lo es ad substantiam actus, no puede suplirse por ninguna otra forma de expresión de la voluntad y la prueba de su cumplimiento no será otra que la del documento firmado por los contratantes. Si este no existe, no existirá el contrato de trabajo a término fijo”.*

Para la Sala, aquellas reflexiones de la Corte frente a la formalidad reseñada guardan plena vigencia en tanto aquel requisito permanece invariado en el actual artículo 46 del C.S.T., y de ninguna manera riñen con el principio de Primacía de la Realidad sobre las formas, pues no es posible predicar que mediante un contrato a término indefinido se encubrió o disfrazó un contrato a término fijo, pues independientemente de que en el plano de la cotidianidad empleadores y trabajadores puedan acordar verbalmente un plazo contractual determinado, este pacto sólo puede producir efectos legales cuando se cumpla la solemnidad consagrada en la norma, y por tal razón, en el caso de marras, al no existir por escrito una estipulación bilateral entre el actor y EMPUG S.A. E.S.P. frente al término contractual, resulta acertada la decisión de primer grado al concluir que el contrato de trabajo fue de duración indefinida, conforme art. 47#1° del C.S.T.

---

<sup>1</sup> GJ CXXXVI, n.º 2334-2336, pág. 412-415



### 5.3. RESPUESTA AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:

#### FRENTE AL DESPIDO INJUSTO

En el fallo de primera instancia se concluyó que el despido había sido injustificado y que por ello el actor era merecedor de la indemnización de que trata el art. 64 del C.S.T. Frente a tal determinación, la empresa demandada se opuso esgrimiendo que Sí existió justeza en la terminación del vínculo, pues a su juicio, una de las “principales razones” en que la Asamblea de Accionistas basó su decisión de desvincular al Gerente eran las *irregularidades probadas y objetivas* en el pago de viáticos sin los debidos soportes, y que este motivo fue debidamente informado y conocido por el demandante en el documento en el cual se le dio respuesta a su reclamación administrativa.

Con aquel argumento, desconoce la entidad demandada el *parágrafo* 1° del art. 62 del C.S.T. que establece:

***“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.***

Entonces, no es dable que un trabajador despedido sólo sea informado de las causas de su desvinculación tiempo después a la extinción del vínculo, y más inconcebible resulta que este acto de información ocurra sólo en razón a la reclamación presentada por el ex trabajador, lo cual evidencia que el empleador de manera inoportuna quiso sustentar el despido injustificado.

De todas formas, con el análisis de la prueba documental queda descartada la veracidad en el argumento del apelante, pues al revisar el Acta no. 003 del 21-ene-2016 de la Asamblea General de Accionistas de EMPUG S.A. E.S.P. (obrante a folios 142 y 143), se observa que en sesión extraordinaria de dicho estamento se decidió nombrar un nuevo Representante Legal, sin exponer ningún tipo de anomalía o irregularidad en el desempeño del demandante como motivación de dicha decisión. Pero además, en la comunicación remitida al actor el día 27-ene-2016 donde se le solicita la entrega del cargo, no se adujo ninguna de las causales legalmente establecidas para el despido. Por lo tanto, acertó la jueza de instancia al imponer la



indemnización del art. 64 del C.S.T., proporcional a la antigüedad del actor, por tratarse de un contrato a término indefinido.

#### 5.4. RESPUESTA AL TERCER PROBLEMA JURÍDICO:

##### FRENTE A LA CONNOTACIÓN SALARIAL DE LOS VIÁTICOS

En la sentencia apelada se concluyó que el demandante de manera permanente devengó viáticos entre los años 2010 y 2015, reconociendo su connotación salarial en los montos que se destinaban a la alimentación y alojamiento. La Empresa de Servicios Públicos en su alzada admite la permanencia en el pago de viáticos al actor, pero considera que éstos no eran salario por cuanto no estaban destinados a proporcionar al trabajador la manutención y alojamiento, argumentando que en cada uno de los Acuerdos en los que anualmente se establecía la “*nomenclatura y clasificación de los empleos*”, se dispuso expresamente que los viáticos se destinan a gastos de transporte cuando la empresa no suministraba los vehículos, lo que –en criterio de la apelante- es clara evidencia de que la causa que originaba el pago de los viáticos era exclusivamente el sufragio de las erogaciones del demandante para transportarse.

A juicio de la Sala, desacierta el recurrente al acusar una indebida valoración de las disposiciones internas de la empresa donde anualmente se regulaba la clasificación de los empleos y la escala salarial, pues al revisar los Acuerdos **002 del 2010** (fl. 23-26), **011 de 2010** (fl. 27, 28, 162 y 163), **002 de 2011** (fl. 297-303), **006 de 2012** (fl. 164-167), **002 de 2013** (fl. 168-171), **002 de 2014** (fl. 172-175) y **005 de 2015** (fl. 176-179), en todos ellos se observa que el artículo *DÉCIMO OCTAVO* establece una tabla de viáticos diarios en pesos, y seguidamente el artículo *DÉCIMO NOVENO* de cada uno de los citados acuerdos, dispone en su inciso primero:

*“ARTÍCULO DECIMO NOVENO.- DE LOS VIÁTICOS Y GASTOS DE TRANSPORTE.  
El Gerente cuando deba viajar fuera del Municipio en comisión de servicio, tendrá derecho al reconocimiento **de los viáticos y gastos de transporte** cuando no se efectúe en vehículos de la Empresa.”*



La simple lectura del aludido artículo desvirtúa la aseveración del apelante, pues su redacción claramente separa el concepto de *viáticos* con el de *gastos de transporte*, y solamente el pago de este segundo ítem se encuentra condicionado (por lógicas razones) a que los desplazamientos del accionante no se realizaran en los automotores de la demandada, pero de ninguna manera puede predicarse que los viáticos en su connotación genérica, estaban prohibidos o no regulados en la empresa demandada. De todas formas, independientemente de que se encontraran o no regulados en un instrumento formal, si en el plano de la realidad un trabajador devenga viáticos, a estos deberá darse la connotación que legalmente corresponda dependiendo su carácter accidental o permanente, así como el fin para el cual estuvieren destinados.

Si bien el ataque del recurrente al momento de sustentar su alzada durante la primera instancia, se edificó de manera concreta en que los acuerdos internos no concebían la existencia de viáticos destinados a alojamiento y alimentación, lo cual, como ya se analizó, carece de veracidad, es también oportuno recordar que existen otras probanzas dentro del plenario que permiten ratificar plenamente que al actor no sólo se le cancelaron gastos de transporte, y ello fue explicado detalladamente por la juzgadora de instancia al hacer una relación de cada una de las resoluciones administrativas en las que mensualmente el propio actor, en su condición de gerente, reconocía y ordenaba el pago de viáticos, distinguiendo el monto que se destinaba a sufragar los gastos de transporte, siendo riguroso el ejercicio de la juzgadora de primera instancia tendiente a no incluir estos gastos de transporte a la hora de liquidar el salario realmente devengado para cada anualidad entre 2010 y 2015, montos concretos sobre los cuales la parte demandada no presentó reproche alguno.

Ahora bien, los señalamientos de la empresa demandada respecto de que los viáticos reconocidos y ordenados por el gerente a su propio favor carecen de soporte, no logran desvirtuar su causación dentro del presente trámite, pues no se probó durante el juicio laboral el fraude o falsedad que se insinúa, y ni siquiera, que la empresa hubiera iniciado las acciones administrativas y judiciales tendientes a demostrar que los pagos de los viáticos eran ficticios o irregulares. Fueron 6 años de ejecución continua del vínculo laboral donde el accionante devengó viáticos sin que la Junta Directiva ni la Asamblea General de Accionistas efectuara intervención o actuación alguna en torno a un posible detrimento de la empresa causado por el pago de



erogaciones sin que estuvieren realmente generadas. Es por ello que los supuestos actos de corrupción al interior de la E.S.P. por parte del gerente y/o sus estamentos superiores, en lo que atañe al pago de viáticos, deben ventilarse en otro tipo de trámites, y mientras no exista probanza alguna que desvirtúe la causación de estos pagos, debe reputarse su veracidad. Por ello, si las condenas impuestas en un juicio laboral a la demandada se hicieron con base en actuaciones fraudulentas, es facultad de la directa afectada adelantar los respectivos mecanismos tendientes a establecer la respectiva responsabilidad civil, penal, disciplinaria o fiscal, según sea procedente.

De esta manera, la Sala refrendará la determinación de instancia en lo que atañe al carácter salarial de los viáticos causados entre 2010 y 2015 en aquella proporción no destinada a gastos de transporte. No obstante, como la parte demandante apeló el fallo en cuanto a que no se incluyeron los viáticos del mes de enero del año 2016, procede esta Colegiatura a su análisis, como sigue:

La jueza de primera instancia, al hacer la relación anual de viáticos y gastos de viaje refirió expresamente: *“para la vigencia 2016 no se observa ningún pago efectuado al demandante por concepto de viáticos”*, señalando más adelante que el salario tomado para el año 2016 fue el de \$2'783,333, por ser éste el valor del sueldo con el cual se le liquidaron sus prestaciones sociales. La censura del demandante se circunscribe en que la falladora no valoró la Resolución 008 del 2016 donde consta que en este año el actor sí devengó viáticos.

En efecto, del folio 149 al 151 reposa la Resolución Administrativa No. 008 del 25 de febrero de 2016, en la cual, el nuevo gerente de EMPUG S.A. E.S.P. reconoce un pago en favor del actor por \$7'397.055 el cual engloba distintos conceptos, entre ellos, el de VIÁTICOS causados en el mes de enero de 2016 por la suma de \$1'188.000, valor diferente de la suma de \$300.000 por gastos de transporte del mismo periodo. En tal sentido, le asiste razón al recurrente en cuanto no se valoró dentro del fallo de primer grado este medio probatorio, y por tal motivo, a juicio de esta Colegiatura, el salario que debió tomarse para el mes de enero de 2016, dentro del cual el demandante laboró 25 días, es el resultante de sumar el monto de 2'783,333, con el valor de \$1'188.000, pues este último monto (el cual fue inclusive autorizado y pagado por el nuevo Representante Legal) evidencia que durante esa



porción del año 2016 el actor devengó viáticos permanentes distintos de gastos de transporte, razón por la cual, el salario real en este ciclo asciende a la suma de *tres millones novecientos setenta y un mil trescientos treinta y tres pesos (\$3'971.333)*.

Por lo anterior, se deberá modificar el ordinal *TERCERO* del fallo de primer grado en lo que atañe al reajuste de las prestaciones sociales finales del año 2016, por lo que la demandada debe pagar al actor las siguientes sumas de dinero cuya liquidación se refleja en la TABLA ANEXA 1:

- Por Cesantías: Un saldo de \$63.583
- Por Prima de Servicios: La suma de \$275.787
- Por Vacaciones: Un saldo adeudado de \$45.117

Además, el ordinal *CUARTO* deberá modificarse en tanto que los aportes a pensión del año 2016 deberán reajustarse con un Salario Base de \$3'971.333.

Igualmente, el ordinal *QUINTO* en el que se impuso la indemnización por despido injusto, deberá ser modificado, toda vez que para calcular dicho valor se debe tomar el último salario devengado, razón por la cual, efectuadas las respectivas operaciones que se reflejan en TABLA ANEXA NO. 2, se tiene que por concepto de indemnización por despido injusto deberá pagarse al demandante la suma de *diecisiete millones doscientos ochenta y dos mil seiscientos cincuenta y dos pesos (\$17'282.652)*.

#### 5.5. RESPUESTA AL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO:

##### *FRENTE A LA SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS*

##### *(Art. 99, ley 50/1990)*

La jueza de instancia denegó esta sanción argumentando que la misma "*cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada del art. 65 del Código Sustantivo, pues aquella rige mientras está vigente el contrato, y ésta, a partir de la fecha en que fenece*", citando la sentencia no. 14.479 del 29-mar-2001, M.P. LUIS GONZALO TORO. El demandante censuró este punto de la decisión por cuanto a su juicio, sí es dable imponer condena por esta sanción hasta la fecha del despido, a partir de la cual inició a correr la moratoria establecida en el C.S.T.

Para la Sala, es claro que en la sentencia de primer grado se incurre en una imprecisión hermenéutica frente a la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia en torno a la sanción consagrada en la Ley 50 de 1990, pues esta erogación inicia a causarse desde que el patrón incurre en mora en el pago de las cesantías, es decir, comienza a correr a partir del 15 de febrero del año siguiente a aquel en que estas se causaron, y su contabilización debe detenerse una vez fenecce el vínculo laboral, pues a partir de allí, la legislación contempla una sanción que abarca la mora en el pago de las prestaciones sociales en general, incluyendo las cesantías, razón por la cual, lo que la jurisprudencia ha sostenido es que ambas sanciones no pueden correr simultáneamente, pues se vulneraría el principio del *non bis in idem* en razón a que por una misma conducta (mora en pago de cesantías) se estarían imponiendo dos medidas sancionatorias.

Entonces, sí debió imponerse la sanción de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990 por cuanto:

- i) El aquí demandante ejecutó un contrato a término indefinido desde el 15-ene-2010 hasta el 25-ene-2016.
- ii) No se acreditó en el expediente que la demandada hubiera consignado, con base en los salarios realmente devengados, y en un respectivo fondo, las cesantías causadas por cada una de las anualidades en que el actor prestó sus servicios.
- iii) La E.S.P. demandada no probó que la falta de consignación de las cesantías con base en el salario realmente devengado obedeciera a razones serias, creíbles y atendibles que justificaran su proceder año tras año.

Por lo anterior, sería dable imponer desde el 15-feb-2011 la aludida sanción; no obstante, teniendo en cuenta que la demandada formuló la excepción de *PRESCRIPCIÓN*, advierte la Sala que dicho fenómeno opera sobre la pretendida sanción, al ser una obligación independiente de las cesantías, y como la misma se genera diariamente por la tardanza en la consignación, su término prescriptivo corre día a día desde que inicia la mora. Así lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 14 de agosto de 2012 radicación N° 40011, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.



De esta manera, y teniendo en cuenta que en la reclamación directa presentada por el señor CRUZ LOSADA el 16-sep-2016, visible del folio 52 al 158, nada se petición al empleador respecto de la sanción establecida en el art.99 de la Ley 50 de 1990, sólo puede tomarse la presentación de la demanda como interrupción del término prescriptivo respecto de esta pretensión, y en tal sentido, como la demanda se radicó el 03-nov-2016, según consta a folio 266, entonces sólo se contabilizará la referida sanción a partir del día 03-nov-2013.

Efectuados los cálculos correspondientes con base en el salario declarado por la jueza *a quo* en cada anualidad, se tiene que la demandada deberá pagar al demandante la suma de *ciento diecinueve millones trescientos noventa y tres mil quinientos diez pesos* (\$119'393.510), conforme a la liquidación que se adjunta en la TABLA ANEXA NO. 3, condena que deberá adicionarse al fallo de instancia mediante la inclusión del ordinal "*QUINTO-A*".

#### 5.6. RESPUESTA AL QUINTO PROBLEMA JURÍDICO:

##### FRENTE A LA SANCIÓN MORATORIA DEL ART.65 DEL C.S.T.

La juzgadora de primer grado condenó a la demandada al pago de la sanción moratoria establecida en el art. 65 del C.S.T. por considerar que no acreditó razones atendibles para no haber cancelado las prestaciones sociales al demandante conforme a su salario realmente devengado. La Empresa de Servicios Públicos accionada recurrió dicha condena por considerar que al ser el demandante el Gerente, y ser éste quien ordenaba y aprobaba sus propios pagos, entonces no es dable que éste pueda beneficiarse de su propia culpa, pues la mala fe recaería en este empleado en su condición de representante del empleador.

Esta Corporación considera que en el caso aquí debatido, no se corroboraron circunstancias que excusen el actuar del empleador, y por ello le asiste la obligación de pagar la sanción en los términos del art. 65 del C.S.T. Al respecto, la Sala de Casación Laboral tiene decantado de vieja data que la sanción moratoria no puede imponerse automáticamente, pues el juez laboral siempre deberá destinar parte de su análisis probatorio a determinar si existieron **motivos serios y atendibles** para que un empleador hubiera incurrido en la mora o impago de las acreencias que quedaron



insolutas al término de un contrato laboral (CSJ SL, 20 de sep. 2017, rad. 55280). Es por ello que hablar de buena o mala fe no resulta del todo técnico, pues recuérdese que a la luz de nuestra Carta, la buena fe debe presumirse, razón por la cual en este tipo de casos, el empleador, más que ampararse en la presunción de buena fe, tiene la carga de acreditar razones creíbles y fuertes que excusen su conducta de impago.

Frente a ello, considera ésta Corporación que el hecho de que el demandante hubiera sido quien autorizara y ordenara el pago de sus viáticos, no es una razón atendible para exonerar al empleador de la aludida sanción, pues, el Gerente, definitivamente no era el máximo estamento de la empresa accionada, y sobre éste se ubican jerárquicamente tanto la Junta Directiva, como la Asamblea de Accionistas, quienes durante todo el vínculo podían ejercer un control directo sobre las anomalías que en el plano de la remuneración se estuvieran presentando; quienes han debido tener el conocimiento y aplicar rigurosamente nuestra legislación laboral, sobre todo, en lo que atañe a aquellas disposiciones que asignan carácter salarial a los viáticos permanentes que no se destinen a gastos de transporte. Sólo habiendo atendido de manera acuciosa y responsable la normatividad, se habrían implementado las medidas inmediatas para revertir una situación en la que el propio trabajador podía tener participación y un margen decisorio, por lo que el empleador no podía convalidar o cohonestar la infracción a la obligación de liquidar las prestaciones sociales y aportes a seguridad social conforme al salario realmente devengado por un trabajador, sólo por el hecho de que éste fuera el mismo ordenador del gasto. Ello, incluso, desconoce el principio de *IRRENUNCIABILIDAD* de los derechos laborales.

Por las razones anteriores, le asiste a la demandada la obligación de pagar la sanción de que trata el art. 65 del C.S.T. derivada de la mora en el pago adecuado de salarios y prestaciones sociales causadas en favor del actor.

Sin embargo, esta sanción no puede imponerse de manera indefinida en el tiempo como lo hiciera la jueza de instancia, pues debe recordarse que el texto original del inciso 1o. del Artículo 65 sólo aplica cuando el monto del salario no supera el mínimo. Como en el presente asunto, el salario que se debe tomar para liquidar dicha sanción corresponde al de \$3'971.333 (año 2016), el cual es muy superior al mínimo de dicha anualidad, entonces, la indemnización de que trata el art. 65 del C.S.T., debe



calcularse hasta por un máximo de 24 meses, lapso que se cumplió el 25-ene-2018, lo que permite a la Sala concretar la condena por este concepto, que liquidada con base en el salario mensual antes anotado (\$3'971.333), se obtiene un salario diario de \$132.377,8, el cual al ser multiplicado por 720 días (24 meses), arroja un total de *noventa y cinco millones trescientos once mil novecientos noventa y dos pesos (\$95'311.992)* , por sanción moratoria. A partir del 26-ene-2018, la demandada deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima sobre las sumas adeudadas por concepto de acreencias laborales insolutas. Por lo anterior, se modificará el ordinal SEXTO en los términos antes señalados.

Así las cosas, estando resueltos los puntos de apelación formulados por ambas partes, se efectuarán las modificaciones que han sido anunciadas a lo largo de esta decisión.

## 5.7. COSTAS

Conforme a los numerales 1°, 3° y 5° del artículo 365 del CGP, y teniendo en cuenta la improsperidad plena de los reparos formulados por la empresa demandada, así como la prosperidad parcial de los puntos de censura formulados por el actor, se condenará a EMPUG S.A. E.S.P. a cubrir en un 70% las costas de la segunda instancia y en favor del actor. Las agencias en derecho se fijarán mediante auto que será dictado a continuación del presente fallo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## 6. RESUELVE

**PRIMERO.- MODIFICAR** el ordinal *TERCERO* del fallo de instancia, en lo atinente a los reajustes del año 2016, debiendo la demandada pagar por concepto de reajustes de dicha anualidad las siguientes sumas de dinero:

2016	
Cesantías:	\$63.583
Prima de Servicios:	\$275.787
Vacaciones	\$45.117



**SEGUNDO.- MODIFICAR** el ordinal *CUARTO* de la sentencia de primer grado en el sentido de que el Salario Base de Cotización para efectos de reajustar los aportes a pensión del **año 2016**, es el de *tres millones novecientos setenta y un mil trescientos treinta y tres pesos (\$3'971.333)*.

**TERCERO.- MODIFICAR** el ordinal *QUINTO* del fallo apelado, en el sentido de que el monto de la *indemnización por despido injusto (art. 64 C.ST.)* que la demandada debe pagar al actor asciende a la suma de *diecisiete millones doscientos ochenta y dos mil seiscientos cincuenta y tres pesos (\$17'282.653)*.

**CUARTO.- ADICIONAR** a la sentencia de instancia un ordinal *QUINTO-A* en los siguientes términos:

*QUINTO-A.- CONDENAR a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE GUADALUPE –EMPUG- S.A. E.S.P. a pagar al actor HECTOR JULIO CRUZ LOSADA la suma de ciento diecinueve millones trescientos noventa y tres mil quinientos diez pesos (\$119'393.510) por concepto de sanción de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990, causada entre el 03-nov-2013 y el 25-ene-2016, conforme a lo motivado.*

**QUINTO.- MODIFICAR** el ordinal *SEXTO* de la providencia apelada, el cual quedará así:

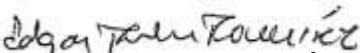
*SEXTO.- CONDENAR a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE GUADALUPE –EMPUG- S.A. E.S.P. a pagar al actor HECTOR JULIO CRUZ LOSADA, por concepto de sanción de que trata el art. 65 del C.S.T., causada entre el 26-ene-2016 y el 25-ene-2018, la suma de noventa y cinco millones trescientos once mil novecientos noventa y dos pesos (\$95'311.992); y a partir del día 26-ene-2018 deberá pagar la demandada al actor los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, sobre las condenas impuestas por concepto de reajuste de las prestaciones sociales.*

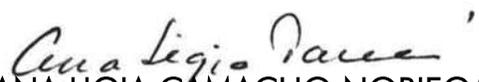
**SEXTO.- CONFIRMAR** en lo demás la providencia recurrida.



SÉPTIMO.- CONDENAR a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE GUADALUPE –EMPUG- S.A. E.S.P. a cubrir en un 70% las costas de la segunda instancia en favor del actor, conforme a lo motivado.

NOTIFÍQUESE

  
EDGAR ROBLES RAMÍREZ

  
ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA

  
LUZ DARY ORTEGA ORTIZ



**TABLA ANEXA 1**

LIQUIDACIÓN REAJUSTE PRESTACIONES SOCIALES					
SALARIO: \$3'971.333		DESDE	01/01/201 6	HASTA	25/01/201 6
Concepto	Días	Valor	Pagado	Reajuste	
CESANTÍAS	25	\$275.787	\$ 212.204	<b>\$63.583</b>	
INTERESES CESANTÍAS	25	\$2.298	\$ 25.464	N/A	
VACACIONES	25	\$137.894	\$ 92.777	<b>\$45.117</b>	
PRIMA	25	\$275.787	-	<b>\$275.787</b>	

**TABLA ANEXA 2**

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO (ART. 64 C.S.T.)			
DESDE	HASTA	DIAS TRABAJADOS	DÍAS INDEMN
15/01/2010	14/01/2011	360	30
15/01/2011	14/01/2012	360	20
15/01/2012	14/01/2013	360	20
15/01/2013	14/01/2014	360	20
15/01/2014	14/01/2015	360	20
15/01/2015	14/01/2016	360	20
15/01/2016	25/01/2016	10	0,56
		TOTAL DÍAS INDEMN	<b>130,56</b>
SALARIO MENSUAL			\$3.971.333
SALARIO DIARIO			\$132.378
INDEMNIZACIÓN (130,56 días)			<b>\$17'282.653</b>

**TABLA ANEXA 3**

LIQUIDACIÓN SANCIÓN ART. 99 LEY 50 DE 1990					
	salario de referencia	desde	hasta	días de mora	sanción
mora en cesantías del año 2012	\$3.195.150	<u>03/11/2013</u>	14/02/2014	102	\$ 10'863.510
mora en cesantías del año 2013	\$4.318.000	15/02/2014	14/02/2015	360	\$ 51'816.000
mora en cesantías del año 2014	\$4.592.000	15/02/2015	14/01/2016	360	\$ 55'104.000
mora en cesantías del año 2015	\$4.830.000	15/02/2016	<u>25/01/2016</u>	10	\$ 1'610.000
TOTAL SANCIÓN CESANTÍAS					<b>\$119'393.510</b>