

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: FANNY BONILLA VIVEROS
DEMANDADO: METRO CALI S.A.
RADICACIÓN: 76001-31-05-001-2017-00428-01
ASUNTO: Apelación sentencia de agosto 13 de 2019
ORIGEN: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Contrato realidad – Sanción moratoria
DECISIÓN: MODIFICA

MAGISTRADA PONENTE: MARIA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la Sentencia No. 236 del 13 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **FANNY BONILLA VIVEROS** contra **METRO CALI S.A.**, con radicado No. **76001-31-05-001-2017-00428-01**.

SENTENCIA No. 045

DEMANDA¹. Pretende la promotora de la acción se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo ininterrumpido desde el 9 de enero de 2009 hasta el 11 de enero de 2016 y que los aportes a pensión no sufragados por la demandada son imprescriptibles; como consecuencia de ello pide, se condene a METRO CALI S.A. al pago de cesantías, intereses a las mismas, prima de servicio y vacaciones causadas dentro de los últimos tres años, la sanción moratoria del artículo 65 C.S.T., el reintegro de los valores cancelados por conceptos de aportes a la seguridad social en salud, pensión y ARL, y las costas del proceso.

¹ Fs. 6-20 Expediente Digital

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que desde el año 2009 y hasta el año 2016, celebró con METRO CALI S.A. contratos de trabajo a los cuales se les dio la denominación de contratos de prestación de servicio de apoyo, cuyo objeto fue la prestación de los servicios profesionales en contaduría para servir de soporte a la dirección financiera de dicha entidad; que durante todo el tiempo prestó de manera personal sus servicios, de lunes a viernes de 7:30 a. m. a 5:30 p. m., en las instalaciones de la demandada en las tareas encomendadas, recibiendo órdenes y directrices de sus superiores jerárquicos y en contraprestación obtenía un pago por dicha labor; que sufragó de su propio peculio los aportes a seguridad social y nunca se le pagaron prestaciones sociales, ni vacaciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

METRO CALI S.A.². La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que no violó ningún derecho ni incumplió ninguna de sus obligaciones contractuales durante los tiempos en que la demandante prestó sus servicios, pues no existe un supuesto normativo que se hubiese desconocido, infringido o violado, precepto legal o constitucional alguno, ya que la contratación por prestación de servicios es perfectamente válida en las entidades públicas según el artículo 32 de la Ley 80 del 93, como quiera que dentro de la estructura de cargos, no está creado el cargo que desempeñó la actora como un cargo de empleado público o trabajador oficial. Propone como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de causa y derecho para demandar laboralmente a METRO CALI S.A. como su empleador, buena fe de la demandada METRO CALI S.A., pago y compensación, prescripción, innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 236 del 13 de agosto de 2019, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto los derechos laborales causados con anterioridad al 1º de agosto de 2014; declaró la existencia de contratos de trabajo a término fijo celebrados entre la señora FANNY BONILLA VIVEROS y METRO CALI S.A., entre el 30 de enero de 2009 y el 11 de enero de 2014; condenó a la demandada al pago de cesantías, intereses a las mismas, primas,

² Fs. 232-248 Expediente Digital

vacaciones, reintegro de aportes a la seguridad social y sanción moratoria a razón de \$60.000 diarios desde la ejecutoria de la sentencia y hasta por dos años y, a partir del mes 25 a pagar intereses moratorios hasta el pago de las prestaciones sociales; absolvió a la demandada de las restantes pretensiones incoadas en su contra y la condenó en costas procesales.

Como fundamentos de su decisión, el a quo señaló, en síntesis, previa mención de los presupuestos normativos para la declaratoria de un contrato de trabajo y de relacionar las pruebas practicadas en juicio, incluyendo cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, que quedó demostrado que el servicio prestado por la demandante era constante y permanente dentro de la empresa demandada, motivo por el cual no se podía contratar por prestación de servicios, sino que debió hacerse mediante contrato de trabajo, aunado que también se probó que no fue autónoma, ni independiente en sus funciones, las cuales no se trataban de actividades ajenas a la demandada, como tampoco eran labores transitorias, por lo que se debía tener cada contrato de prestación de servicios como uno de naturaleza laboral a término fijo.

Después de señalar la viabilidad de las prestaciones sociales y vacaciones causadas en cada contrato suscrito a partir del 1º de agosto de 2014, conforme se solicitó en la demanda, indicó en relación con la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., que en la modalidad de contratación realizada por la demandada no existió buena fe, pues al intentar desconocer los derechos laborales de la demandante, suscribió con ella un total de diecinueve contratos de prestación de servicios, razón por la que era procedente la imposición de la sanción, la cual correspondería a la suma de sesenta mil pesos diarios a partir de la ejecutoria de la sentencia, que es cuando se declara la existencia del contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, y se extenderá por el término de dos que, una vez culminados, generarán intereses moratorios hasta que se realice el pago efectivo de las prestaciones sociales adeudadas.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La **PARTE DEMANDANTE** apeló la sentencia frente a la sanción moratoria bajo el argumento que el salario tasado de \$60.000 es muy inferior al que devengaba la actora cuando la relación contractual se terminó, porque en esa época el salario era de \$3.600.000, por lo que el monto de la sanción diaria asciende aproximadamente a \$130.000, la cual

se debe cancelar desde la fecha de la desvinculación y no a partir de la ejecutoria de la sentencia.

La **PARTE DEMANDADA** también recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que no se agotó la reclamación administrativa correspondiente. Agregó, que la demandante no logró desvirtuar la presunción del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, como tampoco demostró los elementos esenciales del contrato de trabajo, pues lo que se surtió entre las partes fueron contratos de prestación de servicios, ya que las labores contratadas no se encontraban dentro de la estructura de la METRO CALI, aunado a que la actora desde un principio sabía cuál era la modalidad de contratación y lo que ella pretende endilgar como subordinación, no es más que la coordinación que debe existir entre quienes suscriben un contrato de prestación de servicios, lo que no implica una dependencia, sino la necesaria distribución de tareas, por lo que no puede alegarse una subordinación por el despliegue propio del contrato celebrado, como quiera que es apenas lógico que la entidad contratante regule el cumplimiento del contrato.

Sostuvo que tampoco se configura el contrato de trabajo por la duración de la relación contractual, ya que la necesidad del servicio ameritaba la contratación por no contar la entidad dentro de su estructura con el cargo para la prestación de ese servicio, ya que ningún funcionario de METRO CALI cumplía las mismas funciones de la demandante. Además, que dentro del proceso se demostró que la actora realizaba labores particulares, trabajos independientes, sus funciones dependían de ella y del tiempo que ella estimara, no cumplía horario, pues la única prueba al respecto es su interrogatorio de parte, debido que los testimonios fueron contradictorios, pero del testimonio de la señora Liliana se desprende que no había la imposición de un horario como tal, por lo que la única versión del contrato laboral es de la demandante.

Finalmente, indica que de los contratos aportados se desprende que existieron interrupciones, por lo que no se puede declarar la relación laboral por el tiempo que estableció la juez.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. La parte demandante

guardó silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...*las materias objeto del recurso de apelación...*” de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centra a resolver: **(i)** si entre la señora FANNY BONILLA VIVEROS y la sociedad METRO CALI S.A. existieron o no los contratos de trabajo a término fijo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; de ser así, **(ii)** verificar si resulta procedente la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., en los términos en los que fue impuesta en primera instancia.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Lo primero que se debe señalar, frente a la falta de reclamación administrativa alegada por la recurrente pasiva, es que el recurso de apelación contra la sentencia no es la oportunidad para controvertir esa irregularidad procesal, como quiera que ese aspecto debió alegarse a través del respectivo medio exceptivo, el cual no fue propuesto dentro de la contestación de la demanda, razón por la que, en este estadio del proceso, dicha irregularidad se encuentra más que subsanada al tenor de lo establecido en el segundo inciso del artículo 135 del C.G.P., aplicable en materia laboral por virtud de la remisión analógica de que trata el artículo 145 del C.P.T.S.S. y, por tanto, dicho alegato en la alzada resulta inane para atacar las condenas impuestas en primera instancia.

Ahora, para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, la Sala debe destacar que no es materia de controversia que la demandante suscribió contratos de prestación de servicios con METRO CALI S.A., en la forma y períodos que a continuación se relacionan:

#	No. Contrato	Fecha Suscripción	Plazo	Folios
1	PS 1.4.2 - 49 - 2009	30 /01/2009	4 meses	32-34
2	PS 1.4.2.53.09	29/05/2009	5 meses	38
3	Otrosí PS 1.4.2.53.09	23/10/2009	2 meses	39-40
4	PS 1.4.2.20.10	20/01/2010	31/07/2010	44-46
5	PS 1.4.2.402-2.010	05/08/2010	30/12/2010	50
6	PS 1.4.2.08.11	11/01/2011	30/12/2011	53-54
7	PS 1.4.2.06.12	11/01/2012	3 meses	57-60
8	PS 1.4.2.198.12	12/04/2012	28/12/2012	62-64
9	Otrosí PS 1.4.2.198.12	19/12/2012	18/01/2013	66-67
10	PS 1.4.2.32.13	29/01/2013	9 meses	68-71
11	Modificadorio No. 1 PS 1.4.2.32.13	24/10/2014	15/01/2014	72-74
12	PS 917.104.2.127.2014	17/01/2014	4 meses	75-78
13	Modificadorio No. 2 PS 917.104.2.127.2014	16/05/2014	30/06/2014	80-82
14	PS 917.104.2.493.2014	01/07/2014	2 meses	84-89
15	Modificadorio No. 1 PS 917.104.2.493.2014	29/08/2014	30/09/2014	91-93
16	PS 917.104.2.658.2014	02/10/2014	1 mes	94-100
17	PS 917.104.2.114.2015	02/01/2015	30/04/2015	102-111
18	PS 917.104.2.405.2015	04/06/2015	31/10/2015	112-119
19	Modificadorio No. 1 PS 917.104.2.405.2015	22/10/2015	30/12/2015	121-123
20	PS 917.104.2.151.2016	05/01/2016	11/01/2016	124-133

Tampoco es objeto de controversia que el objeto de cada uno de los contratos anteriormente relacionados era: “...la *Prestación de los Servicios Profesionales en Contaduría Pública para apoyar a la Dirección Financiera en el área de Contabilidad y Pagos del Sistema de Transporte Masivo para el Municipio de Santiago de Cali*”.

De otro lado, se hace necesario precisar que METRO CALI S.A. es una sociedad por acciones constituida por entes públicos del orden municipal a través de la Escritura Pública No. 580 del 25 de febrero de 1999 protocolizada en la Notaría 9° del Circulo de esta ciudad, la cual se encuentra vinculada al municipio de Santiago de Cali y que se rige por las disposiciones aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado - EICE.

En tal sentido, se tiene que quienes prestan sus servicios a una Empresa Industrial y Comercial del Estado tienen, en principio, la calidad de trabajadores oficiales de conformidad con lo establecido por el artículo 5° del decreto 3135 de 1968, el artículo 3° del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 3° del Decreto 1950 de 1973, con excepción de las personas que desarrollan actividades de dirección o confianza, situación que requiere que en los estatutos de la respectiva empresa se establezca qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos.

En el caso bajo estudio, como quiera que la labor por la cual se contrató a la demandante fue la de apoyar a la Dirección Financiera de METRO CALI S.A., en las labores de relacionadas con la contabilidad y pagos del Sistema de Transporte Masivo - MIO, en caso de confirmarse que entre las partes existieron vínculos de carácter laboral, la señora FANNY BONILLA VIVEROS, ostentaría la calidad de trabajador oficial, precisión de vital importancia porque ello determina las normas aplicables al asunto, que no son las del C.S.T., como erradamente fueron aplicadas por la primera instancia, ya que éstas son exclusivas para los trabajadores particulares.

En esa senda, conviene recordar que al tenor de lo establecido en el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, para predicar la existencia de un contrato de trabajo, deben confluir los tres elementos que le son esenciales: I) La prestación efectiva del servicio. II) La continuada subordinación y dependencia, y III) un salario como contraprestación. Sin embargo, en relación con el segundo de los elementos referidos, esto es la subordinación, que es el elemento que caracteriza al contrato de trabajo, el artículo 20 del mismo decreto, consagra que una vez el trabajador demuestre que prestó personalmente el servicio en favor de quien señala como empleador, pasa a presumirse que dicha prestación está gobernada por un contrato laboral, es decir, que existió subordinación. No obstante, al tratarse de una presunción legal, esta puede ser infirmada por el demandado, incluso por las propias pruebas del demandante.

Por ello, es necesario tener en cuenta que es principio procesal, el deber de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen. Este principio conocido como carga de la prueba, se encuentra consagrado en el artículo 167 del C.G.P., es aplicable y no es ajeno al derecho laboral por remisión analógica del artículo

145 CPT y de la SS, pues en quien alega una condición jurídica de tipo laboral, que para el caso es la existencia de contrato de trabajo, recae el peso de aportar al proceso los medios de convicción que le permitan al Juez del Trabajo decidir la declaratoria del mismo, lo que equivale a demostrar la presencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, sin perjuicio de la presunción favorable de la relación laboral consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, es decir, la carga probatoria inicial recae sobre el primero de los elementos, la prestación personal del servicio.

Ahora bien, conforme los argumentos de defensa de la recurrente pasiva, es necesario mencionar que el contrato de prestación de servicios con el Estado tiene características específicas al ser regulado por disposición especial. En efecto, el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, norma aplicable para el momento en que se produjeron los hechos objeto de estudio, establece que sólo de manera excepcional y en los casos previstos en la Ley, la función pública podrá ser desarrollada por personas externas que se vinculan a las entidades estatales a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios.

De la norma referida se desprende que las funciones pactadas a través de esta modalidad contractual deben cumplir con dos requisitos: 1) que sean relacionadas con la administración y el funcionamiento de la entidad contratante y; 2) que no puedan ser ejecutadas por el personal de planta o interno de la entidad, por requerir un conocimiento especializado.

Además de las características anteriores, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-154 de 1997, con la que se estudió la constitucionalidad del mentado precepto, adicionó otros puntos a tener en cuenta para determinar la existencia efectiva del contrato de prestación de servicios y no la posible simulación de un real contrato de trabajo. En este sentido, se consideró que la propia naturaleza del contrato que se estudia exige que éste sea temporal, celebrándose por el término estrictamente indispensable para ejecutar el objeto acordado. Pues en caso contrario, dice la Corte: *“...será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”*.

Dicha tesis fue desarrollada igualmente por la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterada, entre otras, en la Sentencia SL609-2022 con ponencia del Magistrado Omar Ángel Mejía Amador, en la que se ha enseñado que: *“La autorización prevista en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para celebrar contratos de prestación de servicios ante la insuficiencia en la planta de personal es por el término estrictamente indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido, si se desborda dicha transitoriedad, es necesario que se contemplen en la respectiva planta los cargos necesarios para desarrollarlo.”*

En el presente asunto, conforme se dejó sentado al inicio de estas consideraciones, la señora FANNY BONILLA VIVEROS suscribió veinte (20) contratos de prestación de servicios con METRO CALI S.A. entre el 30 de enero de 2009 y el 11 de enero de 2016, esto es durante 7 años, todos y cada uno de ellos con el mismo objeto contractual, lo cual de entrada permite inferir a este cuerpo colegiado que las labores contratadas no eran extrañas, exógenas, ni transitorias dentro de la entidad demandada, sino que por el contrario correspondían a las del giro ordinario de su actividad, aspecto que por sí solo se convierte cuando menos en un indicio respecto la inadecuada utilización del contrato de prestación de servicios reglado por la Ley 80 de 1993 y, de contera, del ocultamiento bajo esa modalidad contractual, de una verdadera relación laboral.

Ahora, respecto la forma cómo desarrolló la labor contratada por parte de la demandante al interior del METRO CALI S.A., rindieron testimonio las señoras JANETH MENA (Min. 04:04 – 16:34) y GLORIA CRISTANCHO RESTREPO (Min. 19:55 – 32:27), convocadas por la parte actora, y LILIANA EDITH ACOSTA (Min. 32:46 – 51:52), convocada por la parte demandada.

Las dos primeras testigos, quienes manifestaron haber sido compañeras de trabajo de la señora FANNY BONILLA VIVEROS en la entidad demandada; la primera hasta el año 2011 y la segunda hasta el año 2014, coincidieron en manifestar que la actora se desempeñó como asistente en el área financiera; que sus labores eran permanentes al interior de la entidad y que cumplía un horario de 8 a. m. a 5 p. m., de lunes a viernes; que recibía órdenes de la contadora Martha Cecilia Piraban y del director financiero Sergio Martínez respecto de la forma en que debía

desarrollar sus labores; que debía solicitar permiso para ausentarse y que si llegaba tarde recibía un llamado de atención por parte de sus superiores; que la demandante tenía un puesto de trabajo asignado en las instalaciones de la empresa y que se le había entregado un computador como elemento de trabajo.

Las deponentes manifestaron que las situaciones narradas les constaban; la primera, porque había trabajado de forma permanente en la misma área financiera con la demandante y; la segunda, a pesar de que era la encargada del almacén que quedaba en otra área, diariamente debía dirigirse a todas las dependencias de la empresa a entregar insumos, lo cual era su labor principal, aunado que debía entregar informes de las entradas y salidas del inventario al área financiera, los cuales eran recibidos directamente por la señora FANNY BONILLA VIVEROS.

Por su parte, la testigo LILIANA EDITH ACOSTA, quien indicó ser la secretaria de la dirección financiera y administrativa de METRO CALI S.A. desde el año 2003, expuso una versión totalmente diferente a la de las anteriores declarantes, pues manifestó que la demandante fue una contratista de la entidad, que no cumplía horario, no recibía órdenes, podía ausentarse de la empresa cuando quisiera y no había recibido implementos de trabajo. Sin embargo, cuando a la deponente se le preguntó por qué le constaban esas circunstancias, sus respuestas fueron genéricas y evasivas, al punto que fue requerida por la jueza de conocimiento recordándole que se encontraba bajo la gravedad del juramento, ya que se limitó a señalar que los contratistas por regla general no cumplen horario porque así lo dice el contrato; que podían ir a la empresa a recibir la documentación, llevársela para su casa para revisarla y volver posteriormente a la entidad a subir la información en el aplicativo y realizar las cuentas, pero no hizo mención específica del caso de la demandante.

Posteriormente, cuando fue interrogada por el apoderado de la parte actora respecto si le constaba si a la demandante le habían entregado o no un computador como elemento de trabajo, expuso que en el contrato dice que los contratistas deben tener su propio equipo, pero en los casos en los que no lo tuvieran, la empresa les podía prestar uno. También manifestó que cada contratista tenía un supervisor al interior de la empresa, quien supervisaba el cumplimiento de las labores contratadas, pero no recuerda cual era el supervisor de la demandante. Asimismo, a pesar de que la

deponente había indicado que la actora no cumplía un horario, al ser cuestionada por lo que le constaba al respecto por parte del apoderado de la parte demandante, señaló que ella no tenía en cuenta quien entra o quien sale de la entidad o a qué hora lo hace, es decir, en realidad no era una testigo presencial si la señora FANNY BONILLA VIVEROS estaba sometida o no al cumplimiento de un horario como si lo dejaron saber las testigos referidas con antelación.

Finalmente, la declarante sostuvo que en la empresa solo hay una contadora de planta y que los asistentes contables eran contratistas. Además, nuevamente al ser interrogada insistentemente por el apoderado de la parte demandante, manifestó que la labor de los asistentes contables era una actividad que hacía parte del engranaje de METRO CALI S.A., ya que era necesaria para poder realizar los pagos a terceros.

Analizados los testimonios que se acaban de referenciar, la Sala considera que mientras las dos primeras testigos fueron coherentes en sus relatos, expusieron con claridad las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las cuales tuvieron conocimiento de los hechos objeto de su ponencia, es decir, exteriorizaron ante el operador judicial la ciencia de la razón de su dicho, frente a la última testigo existe una falta de sustento en sus relatos, sumado a que de sus manifestaciones se logra vislumbrar su interés no de dar a conocer los hechos de los cuales tiene conocimiento, sino que su versión siempre estuvo dirigida a favorecer a la parte demandada, al punto en que a preguntas relativas al cumplimiento de un horario o sometimiento de órdenes, fue evasiva en sus respuestas.

Analizando los medios de prueba en su conjunto, para la Sala no resultan de recibo los argumentos de la recurrente pasiva, pues atendiendo a las características del contrato de prestación de servicios con el Estado, se tiene que el contratista debe tener un amplio margen de discrecionalidad respecto a los métodos y medios que tiene a su disposición para ejecutar el objeto contractual, de manera que éste no está sujeto a superiores o jefes inmediatos que le indiquen en su devenir diario el adecuado ejercicio de sus labores, dado que se debe a su conocimiento especializado, el cual no ostenta ningún otro de los empleados de planta, situación que aquí no se presenta, ya que resulta contrario a los fines para los cuales se autorizó ésta modalidad contractual en la administración pública, que en la entidad exista una contadora de planta, pero quienes están sometidos a las

instrucciones de ésta sean contratistas, en razón a que lo que demuestra que en la estructura de cargos exista un contador y un área financiera, es que dicha labor si es permanente y necesaria para el desarrollo de la actividad principal de la empresa, tal como lo indicó la testigo LILIANA EDITH ACOSTA.

Debe resaltarse que difícilmente las labores de asistente contable permitirían a la demandante tener un grado de discrecionalidad para realizar sus funciones, pues dicha labor dependía enteramente de la contadora y del director financiero, quienes le impartían órdenes; además que la actora debía cumplir un horario establecido por la entidad y aspectos que contradicen la autonomía e independencia con que deben contar los contratistas del Estado.

Para la Sala resulta poco creíble la versión de la testigo LILIANA EDITH ACOSTA cuando indicó que los contratistas del área financiera podían ir a la empresa a recoger la documentación, llevársela para su casa a estudiarla y posteriormente regresar a la empresa a ingresar la información en el aplicativo, pues, por un lado, se trata de documentos relativos a la ejecución del presupuesto de una entidad pública del orden municipal y; segundo, la declaración de las testigos JANETH MENA y GLORIA CRISTANCHO RESTREPO fue coincidente en cuanto que la demandante cumplía un horario de trabajo de 8 a. m. a 5 p. m. de lunes a viernes, y que de no hacerle generaba un llamado de atención de sus superiores, situación que también riñe con la autonomía del contratista independiente, pues una cosa es que entre contratante y contratista se coordine un horario para la ejecución de las labores, como lo ha enseñado la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterada en la Sentencia SL3126-2021, y otra es que el horario sea impuesto por la parte contratante y que además ésta tenga la facultad de hacer llamados de atención, características que son propias de un vínculo subordinado, es decir, del contrato de trabajo.

Por otro lado, como se mencionó en líneas que anteceden, la prestación del servicio de la promotora de la acción no fue de manera temporal, ya que, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios suscritos, su labor se extendió por casi siete años, aunado a que la demandada no acreditó dentro del proceso las circunstancias que la habilitaron para suscribir los mencionados contratos de prestación de

servicios con la demandante en los términos que alega –Ley 80 de 1993–, esto es, que las actividades no podían hacerse con personal de planta o que requerían conocimientos especializados, circunstancias que no se presumen por la suscripción formal del contrato, debido a que son eventos excepcionales los que posibilitan la suscripción de tales contratos, por lo que no pueden ser presumidas y, por ello, deben ser probadas por quien las alegue en su favor.

Así las cosas, considera la Sala que fue acertada la decisión de la a quo en cuanto que cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora FANNY BONILLA VIVEROS y METRO CALI S.A. corresponden a verdaderos contratos de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, razón por la que se confirmará la sentencia en ese sentido.

Ahora, en lo que respecta a la sanción moratoria, lo primero que se debe aclarar, tal como se hizo al inicio de estas consideraciones, es que en el presente asunto no resultan aplicables las normas del C.S.T., por lo que la sanción sobre la cual se debe analizar su procedencia no es la del artículo 65 de dicho compendio normativo, sino la contemplada en el Decreto 797 de 1949, respecto de la cual también se ha pronunciado la pacífica línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tanto que su aplicación no es automática, sino que corresponde al operador judicial analizar cada caso en concreto con el fin de verificar si el empleador exteriorizó razones atendibles por las cuales no pago las prestaciones sociales al término del vínculo laboral, es decir, debe el juez verificar si la conducta del demandado estuvo revestida de buena o mala fe (SL2675-2022).

En el presente caso, en criterio de la Sala la demandada no obró de buena fe, puesto que se abstuvo, a la finalización del contrato de trabajo, de reconocer y pagar al demandante las acreencias laborales que le correspondían, sin que pueda tomarse como excusa la vinculación formal bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios porque, como ya se estableció, se hizo un uso indebido de esa forma de contratación estatal para esconder una verdadera relación laboral, sobre todo para la vinculación de personas que deban desempeñar funciones de carácter permanente, es decir, METRO CALI S.A. actuó en contravía de un mandato legal, de ahí que bajo ninguna óptica puede concluirse que en la conducta

laboral de la convocada al pleito existieron razones serias o atendibles configurativas de buena fe, que la exoneren de la condena a la sanción por mora, ni tampoco que estaba invenciblemente convencida de que el contrato era de prestación de servicios, ya que las labores contratadas eran permanentes y propias del giro ordinario de las actividades de la entidad, es decir, debían ser ejecutadas por personal de planta.

No puede perderse de vista que es deber del Juez Laboral no tolerar y, por el contrario, censurar actuaciones como las que se estudiaron en el presente caso; en especial, cuando provienen de las entidades que hacen parte de la administración. En este orden de ideas, se confirmará la imposición de la sanción moratoria a METRO CALI, pero se modificará el fallo en el entendido que se trata de la sanción contemplada en el Decreto 797 de 1949, la cual se materializa a partir del vencimiento de los 90 días hábiles de gracia establecidos en la misma norma.

De otro lado, se observa que no le asiste razón al recurrente activo, quien pretende que se incremente el valor diario de la sanción, como quiera que la última remuneración mensual percibida por la demandante, según se desprende del contrato PS 917.104.2.151.2016, fue la suma de \$1.800.000 (fs. 124-133 ED), es decir, que fue correcto el monto diario de \$60.000 establecido por la primera instancia.

Así las cosas, la sanción moratoria correspondería a un salario diario por valor de \$60.000, a partir del 20 de mayo de 2016, calenda en que vencieron los 90 días de gracia con que contaba la entidad para realizar el pago de las prestaciones sociales, desde la terminación del último contrato, que lo fue, el 11 de enero del 2016, y se extenderá la sanción hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones a las que fue condenada METRO CALI S.A.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia de primera instancia será modificada. Sin costas en esta instancia por no haber prosperado ninguno de los recursos de apelación.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

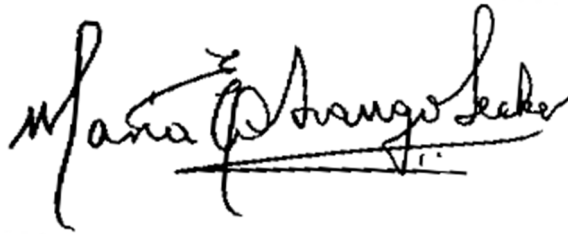
PRIMERO: MODIFICAR el literal **F)** del numeral **TERCERO** de la Sentencia No. 236 del 13 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido que la sanción moratoria es la establecida en el Decreto 797 de 1949 y corresponde a la suma de **\$60.000** diarios, a partir del 20 de mayo de 2016 y hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales adeudadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA