

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: YACKELINE ZÚÑIGA SOLARTE
DEMANDADO: ESPY S.A.
RADICACIÓN: 76001-31-05-002-2016-00431-01
ASUNTO: Apelación sentencia de septiembre 20 de 2019
ORIGEN: Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Contrato realidad – Sanción moratoria
DECISIÓN: REVOCA PARCIALMENTE

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintiocho (28) de junio 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 los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la Sentencia No. 216 del 20 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **YACKELINE ZÚÑIGA SOLARTE** contra la **EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE YUMBO S.A. E.S.P. - ESPY S.A.**, con radicado No. **76001-31-05-002-2016-00431-01**.

SENTENCIA No. 098

DEMANDA¹. Pretende la promotora de la acción se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1° de febrero de 2012 hasta el 5 de diciembre de 2015, de forma continua e ininterrumpida, el cual fue terminado sin justa causa por el empleador; como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las mismas, salarios no pagados, auxilio de transporte, prima de navidad, subsidio familiar, dotación de vestido y calzado de labor, primas, indemnización por despido injusto, sanción moratoria, aportes a pensión, indexación y costas del proceso.

¹ Fs. 4-11 Expediente Digital

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que prestó servicios para ESPY S.A. desde el 1° de febrero de 2012 mediante la suscripción de varios contratos de prestación de servicios cumpliendo funciones de secretaria y auxiliar documental y luego como auxiliar técnica y administrativa de la Dirección de Planeación y Gerencia hasta el 5 de diciembre de 2015, de forma continua e ininterrumpida, sin recibir el pago de prestaciones sociales; que el contrato fue terminado de forma unilateral e injusta por el empleador; que durante todo el vínculo cumplió horario y obedeció órdenes y mandatos de sus superiores, por lo que presentó reclamación administrativa solicitando sus derechos laborales, pero le fueron negados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ESPY S.A.². La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que la demandante se vinculó mediante contratos de prestación de servicios entre 2012 y 2015 con el objeto de apoyar el área comercial y posteriormente al área de planeación, sin que hubiera existido subordinación alguna en el cumplimiento del objeto contractual, pues la contratista ejecutó las actividades con plena autonomía e independencia. Agregó, que el 20 de diciembre de 2015 la demandante fue vinculada como trabajadora oficial de la entidad, pero fue retirada el 29 de enero de 2016, por no cumplir con las expectativas del cargo. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho, inexistencia del contrato realidad, prescripción de derechos laborales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 216 del 20 de septiembre de 2019, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto los derechos laborales causados con anterioridad al 14 de abril de 2013; condenó a ESPY S.A. a pagar a la señora YACKELINE ZÚÑIGA SOLARTE cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios, vacaciones, en sumas debidamente indexadas, más los aportes a la seguridad social en pensiones por encontrar acreditada la existencia del contrato de trabajo entre las partes bajo la figura del contrato realidad; absolvió a la demandada de las restantes pretensiones y la condenó en costas procesales.

² Fs. 101-110 Expediente Digital

Para respaldar su decisión, la a quo señaló, en síntesis, previa mención de los presupuestos normativos para la declaratoria de un contrato de trabajo en el sector oficial en atención a la naturaleza jurídica de la entidad demandada y de relacionar las pruebas practicadas en juicio, que se había demostrado que la prestación del servicio de la demandante fue continúa, subordinada y dependiente, que no era propia de los contratos de prestación de servicios, sino de naturaleza laboral, pues cumplió una jornada de trabajo de ocho horas diarias del 1° de febrero de 2012 hasta el 5 de septiembre de 2015, lo que genera los derechos laborales que se reclaman en la demanda. Agregó, que como las partes habían suscrito contratos de prestación de servicios con un término determinado, debía tenerse cada uno de ellos como un contrato de trabajo a término fijo, por lo que no procedía la indemnización por despido injusto, ya que éstos habían terminado por el vencimiento del período fijo acordado.

Indicó que las acreencias laborales causadas con anterioridad al 14 de abril de 2013 estaban prescritas, teniendo en cuenta que la reclamación se presentó el mismo día y mes del año 2016, por lo cual las prestaciones sociales y vacaciones debían ser liquidadas a partir de esa calenda, pero aclaró, en relación con los aportes a la seguridad social en pensiones, que éstos debían ser asumidos por la demandada por todo el tiempo laborado como quiera que dicho concepto no se veía afectado por la prescripción.

Finalmente, frente a la sanción moratoria, indicó que había sido soportada por la parte demandante en el artículo 65 del C.S.T., la cual no se generaba porque la demandada creyó estar inmersa en una relación no generadora de las prestaciones sociales que se han reconocido dentro del proceso, lo que no evidenciaba la mala fe necesaria para su imposición. No obstante, sostuvo que todas las condenas debían ser pagadas debidamente indexadas.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La **PARTE DEMANDANTE** apeló la sentencia argumentando que la demandada es una empresa de servicios públicos, por lo que sólo sus directivos son empleados públicos de libre nombramiento y remoción, los demás son trabajadores oficiales, por lo que habiéndose demostrado que los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes no eran tal, sino que eran verdaderos contratos de trabajo, además de haberse probado con los testimonios de la gerente y el otro testigo, que los contratos no

terminaban anualmente, pues aunque se les establecía una fecha de terminación, la demandante quedaba como responsable del PQR y de un sistema de información a la Superintendencia de Servicios públicos que no se podía detener, es decir, nunca cesaron sus funciones, lo que genera una continuidad laboral desde la suscripción del contrato del 1° de febrero de 2012 hasta el 5 de septiembre de 2015, por lo que no se podían hacer liquidaciones anuales por existir un solo contrato que fue prorrogado de forma continua por espacio de más de tres años, por lo que, al tenor de la Ley 6° de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, que establecen las justas causas de terminación del contrato, no podía terminarse el contrato de trabajo porque la vinculación no era anual, entonces debía ser justificada, lo cual no aparece en el plenario, razón por la que se debe condenar a la indemnización por despido injusto correspondiente al plazo presuntivo de seis meses, aunado que al ser un contrato continuo, no se configuraría la excepción de prescripción y se deberían liquidar las prestaciones por todo el tiempo laborado teniendo como base el último salario devengado.

De otro lado, aduce que se debe condenar a la sanción moratoria, como quiera que si utilizó como fundamento la Ley 6° de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y demás normas concordantes del C.S.T., por lo que siendo un trabajador oficial, la sanción sería del Decreto 797 de 1949, la que procede por el hecho de que la demandada disfrazó una relación laboral con la suscripción de contratos de prestación de servicios, lo que demuestra la mala fe, pues la planta de cargos de la empresa sólo se amplió cuando la actora fue desvinculada sin el pago de sus prestaciones sociales.

La **PARTE DEMANDADA** también recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que no se tuvo en cuenta que los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes se enmarcan dentro de la buena fe y el acuerdo de voluntades para realizar unas actividades en períodos distintos sobre los cuales la demandante recibió los honorarios pactados como contraprestación a sus servicios en calidad de contratista, sin que ésta hubiese presentado alguna inconformidad al respecto, lo que deja claro que aceptó la liquidación de los mismos. Agrego, que la empresa no la reconoce como una trabajadora, puesto que sus actividades no existían dentro de los procesos organizacionales de la entidad, es decir, la planta de cargos. Además, que no se probó la subordinación, ni tampoco la exigencia del cumplimiento de un horario de trabajo, pues los testigos se limitaron a señalar el cumplimiento de las actividades contratadas. Finalmente, indica

que se debe revisar la falta de jurisdicción, considerando que la demandada es una entidad pública y el objeto del litigio versa sobre un contrato de prestación de servicios, el cual pretende ser desconocido por la demandante. Ello de conformidad con los artículos 104 y 105 del C.P.A.C.A.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. La parte demandada 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 YACKELINE ZÚÑIGA SOLARTE y la EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE YUMBO S.A. E.S.P. existió un vínculo laboral del 1º de febrero de 2012 hasta el 5 de septiembre de 2015, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; de ser así, **(ii)** establecer si dicho vínculo estuvo regido por contratos de trabajo a término fijo o por un contrato a término indefinido; **(iii)** determinar si el vínculo laboral fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por el empleador; **(iv)** si se debe o no declarara probada parcialmente la excepción de prescripción y; **(v)** verificar si resulta procedente la sanción moratoria.

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

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que se encuentra demostrado que la demandante suscribió contratos de prestación de servicios con la EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE YUMBO S.A. E.S.P., empresa oficial prestadora de servicios públicos domiciliarios vinculada al despacho del

alcalde municipal de Yumbo, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del estado (fs. 115-118), en la forma y períodos que a continuación se relacionan:

#	No. Contrato	Fecha Suscripción	Plazo	Folios
1	CPS – 032-12	01 /02/2012	11 Meses	128-130
2	CPS – 035-13	15/01/2013	11 Meses - 15 Días	133-136
3	CPS – 014-14	16/01/2014	5 Meses - 15 Días	139-142
4	CPS – 110-14	01/07/2014	5 Meses – 15 Días	146-149
5	CPS – 003-15	05/01/2015	11 Meses	124-127

De los anteriores contratos se extrae que el No. 1 tenía por objeto: *“Prestar los Servicios Personales como Secretaria y Auxiliar Documental para dar apoyo a la gestión de la Subgerencia Comercial de la ESPY S.A. ESP.”*, y los subsiguientes contratos tuvieron como objeto la *“...PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES COMO AUXILIAR TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA DE LA DIRECCIÓN DE PLANEACIÓN Y GERENCIA.”*

Para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados conviene recordar que al tenor de lo establecido en el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, para predicar la existencia de un contrato de trabajo, deben confluír 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., y no es ajeno al derecho laboral, 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 Laboral decidir la declaratoria del mismo, por lo que, atendiendo la presunción favorable de la relación laboral consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la carga probatoria inicial de quien promueve la acción recae sobre el primero de los elementos, la prestación personal del servicio y, a su vez, a quien se está señalando como empleador, le corresponde, si quiere desvirtuar la presunción en comento, demostrar que dicho servicio personal se prestó con total autonomía e independencia.

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 YACKELINE ZÚÑIGA SOLARTE suscribió cinco contratos de prestación de servicios con la EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE YUMBO S.A. E.S.P., entre 1º de febrero de 2012 hasta el 5 de septiembre de 2015, el primero, con el objeto de desempeñarse como secretaria y auxiliar documental en la Subgerencia Comercial de la entidad, y los cuatro restantes, para ejercer labores de auxiliar técnica y administrativa en la Dirección de Planeación y Gerencia, lo cual de entrada permite inferir a este cuerpo colegiado que las labores contratadas no eran extrañas, exógenas, ni transitorias dentro 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 en que como desarrollaron las labores contratadas por parte de la demandante al interior de la ESPY S.A., rindieron testimonio las señoras INÉS FERNANDA CAICEDO HERNÁNDEZ, quien indicó haber sido la gerente de la ESPY S.A. entre 2013 y 2015 (Min. 03:20 – 29:08), y DIANA CATHERINE VALDES GALEANO, quien señaló haber sido la coordinadora del PQR de la empresa desde 2010 (Min. 30:08 – 45:20).

Las testigos coincidieron en manifestar que la demandante se desempeñó inicialmente como secretaria de la subgerencia comercial de la entidad en donde le correspondía atender al público, manejar el archivo, hacer informes, realizar gestión documental, hacer los expediente de PQR, dar soporte al área de facturación y apoyar en todo en Subgerente Comercial. Posteriormente pasó a la Dirección de planeación para manejar

el sistema único de información a la Superintendencia de Servicios Públicos “SUI”; que en el primer cargo la actora recibía órdenes del Director Comercial Fernando Carvajal y en la Dirección de Planeación del Ingeniero Paneso, de quien ninguna recordaba el nombre. También indicaron las deponentes que por los servicios que prestaba la empresa todos debían cumplir horario que por lo general era de 7:30 a. m. o 8 a .m. hasta 5:30 p. m. de lunes a sábado, pero la testigo VALDES GALEANO señaló que en ocasiones debían laboral incluso sábados y domingos o entre semana hasta horas de la noche debido al gran volumen de trabajo que había en la entidad. Coincidieron además en señalar que la mayoría de las personas en la empresa estaban vinculadas por prestación de servicios y sólo unas pocas, como el Gerente, la Secretaria de Gerencia y los subgerentes estaban nombrados, aspecto sobre el cual indicó la testigo CAICEDO HERNÁNDEZ, se debía porque la empresa tenía muy poco recaudo y no contaba con los recursos necesarios para ampliar su planta de personal.

Analizados los testimonios que se acaban de referenciar, la Sala considera que las dos 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 declaración, es decir, exteriorizaron ante el operador judicial la ciencia de la razón de su dicho.

Estudiados 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 las personas que van a cumplir labores eminentemente secretariales y que dan apoyo en actividades ordinarias y propias del objeto de la empresa, estén vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, mientras que sus superiores, de quienes reciben órdenes e instrucciones, si hagan parte de la planta de personal.

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

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 más de tres años, aunando 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 YACKELINE ZÚÑIGA SOLARTE y la EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE YUMBO S.A. E.S.P. 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.

No es posible, como lo pretende el recurrente activo, que se declare que entre las partes existió una única relación laboral continua e ininterrumpida regida por un contrato a término indefinido, pues, contrario a su dicho, de los testimonios recaudados no emerge con claridad que la señora YACKELINE ZÚÑIGA SOLARTE hubiese prestado sus servicios sin interrupción en favor de la ESPY S.A., pues cuando el apoderado de la parte actora indagó sobre ese puntual aspecto, preguntado si entre la suscripción de cada contrato la actora continuaba ejecutando sus labores, la testigo INÉS FERNANDA CAICEDO HERNÁNDEZ se limitó a señalar que, en la empresa, por prestar servicios públicos, “*casi siempre*” se trataba de que las oficinas no cerraran, lo que no se traduce per se en que la actora haya prestado servicios de forma continua. Por su parte, la testigo DIANA

CATHERINE VALDES GALEANO indicó: “*La realidad de nosotros es que a pesar de que el contrato no lo firmábamos, en muchas ocasiones no nos compensaban el tiempo que estábamos nosotros, terminaba el año el 31 y para, le digo a título personal, el dos ya estábamos nosotros porque no se podía para la facturación y no se podía dejar de atender los PQR...*”. De dicha manifestación tampoco se puede colegir que la demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida del 1º de febrero de 2012 al 5 de septiembre de 2015, pues, por un lado, la deponente expresamente expuso que hablaba a título personal y no del caso específico de la señora YACKELINE ZÚÑIGA SOLARTE y, por otro lado, la testigo alude al área de PQR, en la que estuvo la accionante sólo hasta el 30 de diciembre de 2012, ya que, se itera, desde el 15 de enero de 2013 pasó a la Dirección de Planeación.

En ese sentido, no procede ni el reajuste de las prestaciones sociales, ni la indemnización por despido injusto reclamadas por el recurrente activo, en razón a que, no sólo no se probó la continuidad laboral, sino que, de haber sido así, ello no implica, como erradamente lo considera el apoderado demandante, que las prestaciones deban liquidarse de forma acumulada a la fecha final de la relación laboral declarada y con base en el último salario devengado, pues en lo que respecta a las cesantías y sus intereses, su causación es anual y su liquidación debe efectuarse con el salario devengado a su fecha de causación y, en cuanto a las primas, su causación es semestral y también se liquidan con el salario devengado en cada período de causación. Asimismo, cada contrato de prestación de servicios sobre los cuales se está declarando el contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tenía un plazo fijo determinado, mientras que la indemnización por el plazo presuntivo que se pretende, sólo procede frente a los contratos a término indefinido o sin fijación de término alguno de conformidad con el 43 del Decreto 2127 de 1945, sin que la actora hubiese prestado servicios más allá de los plazos fijos pactados para considerar que alguno de los contratos mutó a dicha modalidad.

Así las cosas, atendiendo que no hay lugar a variar la decisión de la a quo en cuanto consideró que cada contrato de prestación de servicios era un verdadero contrato de trabajo, consecuentemente tampoco hay lugar a modificar la prescripción declarada.

Ahora, en lo que respecta a la sanción moratoria contemplada en el Decreto 797 de 1949, se ha pronunciado la pacífica línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentido que, al igual que la establecida en el artículo 65 del C.S.T., 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 pagó 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, la EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE YUMBO S.A. E.S.P. 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 contradas 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 revocará la absolución de la sanción moratoria para en su lugar imponerla a la entidad demandada a partir del 5 de marzo de 2016, como quiera que el plazo de gracia de noventa días con que contaba la ESPY S.A. para el pago de las prestaciones sociales venció el día 4 del mismo mes y año, atendiendo que el último contrato feneció el 5 de diciembre de 2015, y corresponderá a la suma diaria de \$53.840, la cual se extrajo del valor de ese último contrato celebrado, y se extenderá hasta que se haga efectivo el pago de las prestaciones sociales adeudadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia de primera instancia será revocada parcialmente. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

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:

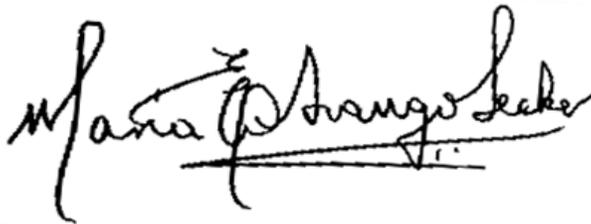
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la Sentencia No. 216 del 20 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar **CONDENAR** a la **EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE YUMBO S.A. E.S.P.** a pagar a la señora **YACKELINE ZÚÑIGA SOLARTE** la sanción moratoria establecida en el Decreto 797 de 1949, que corresponde a la suma de **\$53.840** diarios, a partir del 5 de marzo 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: COSTAS en esta instancia cargo de la parte **DEMANDADA**. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

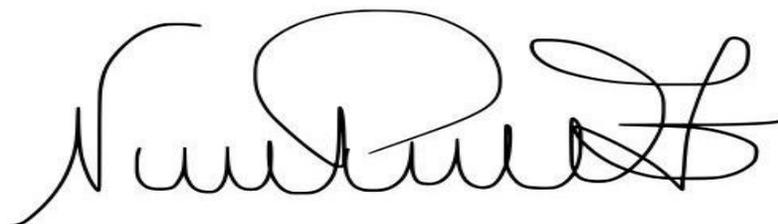
Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA