República de Colombia

Tribunal Superior de Cali

Sala Laboral

Proceso:	**Ordinario – Apelación de Sentencia**
Demandante	**HENRY PELAEZ SAENZ**
Demandado	**METROCALI S.A.**
Radicación n.°	**76001310501220210007601**
Tema	**Contrato de trabajo – Contrato realidad**
Sub Temas	Quienes laboran en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales, salvo los que desempeñan funciones de Dirección y Confianza, y así se señala en los Estatutos, los cuales son empleados públicos. En todos los casos en que el empleado se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual labora. La demandada obró de mala fe al camuflar una verdadera relación de trabajo con un contrato de prestación de servicios. Metrocali S.A. no probó la iniciación del proceso de insolvencia alegado.

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de 2023, siendo el día previamente señalado, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con los demás integrantes de la Sala de Decisión, nos disponemos a dictar sentencia, en Segunda Instancia, conforme los lineamientos definidos en el **numeral 1° del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a **resolver el recurso de apelación** interpuesto por el **demandado,** en contra de la **Sentencia No. 246 del 28 de julio de 2021,** proferida por el **Juzgado Doce Laboral del Circuito** de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

Alegatos de Conclusión

Los presentados por las partes, son tenidos en cuenta en la presente decisión.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 156

Antecedentes

HENRY PELAEZ SAENZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **METRO CALI S.A.**, con miras a que se declare la calidad de trabajador oficial, en virtud de la **existencia de un contrato de trabajo a término indefinido**.

Como consecuencia de lo anterior pide se condene a la demandada al **pago de auxilio de cesantías y sus intereses, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, indemnización por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, aportes a seguridad social, subsidio familiar** y costas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, señaló el actor que el 17 de septiembre de 2017, lo vincularon mediante contrato de prestación de servicios, para desempeñar las labores de apoyo a la gestión de revisión e inspección diaria de la infraestructura del SITM-MIO y control de flota en la vía y centro de control principal.

Que, el término del contrato fue de 3 meses y 12 días, finalizando el mismo, el 29 de diciembre de 2017, sin embargo, debido al desempeño obtenido suscribió varios contratos de manera continua. El primero por 5 meses y 26 días; el segundo por el término de 3 meses y 28 días, el cual fue objeto de prórroga por 1 mes y 28 días, el tercero por 7 meses y 28 días y el último por el término de 3 meses y 28 días el cual finalizó el 30 de diciembre de 2019.

Afirmó que, le correspondía cubrir en su totalidad los aportes a seguridad social, salud, pensión y ARL.

Que, debía cumplir un horario de trabajo, de 8 horas, correspondientes al turno de la mañana de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. y turno de la tarde desde las 2:00 p.m. hasta las 10:00 p.m. de lunes a domingo y los festivos de 7:00 a.m. a 2:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 9:00 p.m.

Adujo que, el 24 de noviembre de 2020 a través de un derecho de petición, solicitó que le fuera reconocida su calidad de trabajador oficial, además, del reconocimiento y pago de sus derechos laborales, esta misma fue respondida el día 21 de diciembre de 2020 de manera negativa.

La demanda **METROCALI S.A** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma. En su defensa formuló como excepciones de fondo: **"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 COMPENSACION"** y la **"INNOMINADA".**[1]

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 246 del 28 de julio de 2021,** declarando probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto a todo lo que haya hecho exigible con anterioridad al 24 de noviembre de 2017, declarando que, entre el señor HENRY PELAEZ SAENZ en calidad de trabajador oficial y METROCALI S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de septiembre de 2017 hasta el 30 de diciembre de 2019; condenando a METROCALI S.A. a pagar a favor del señor HENRY PELAEZ SAENZ, los siguientes valores: CESANTIAS $4.381.544, Intereses a las cesantías $480.185, prima de navidad $3.934.669, vacaciones $1.967.334, prima de vacaciones $1.967.334, sanción por no consignación de cesantías $37.139.272, subsidio familiar $857.706, devolución de aportes $4.265.083, así como a reconocer a partir del 1 de abril de 2020 y hasta que se haga efectivo el pago de las prestaciones sociales adeudadas, la suma de $57.104 diarios y finalmente por las costas.

Para arribar a tal decisión, la *A quo*, indicó que, existió una prestación

[1] Mayúscula son propias del texto.

personal del servicio por parte del señor Henry, ya que dentro de las cláusulas de los contratos se hacía alusión a que la prestación del servicio la iba a realizar el demandante y que el contrato únicamente lo podía ceder con autorización de Metrocali.

Que, quedó probado que no existe el cargo en la planta de personal, que la función no estaba asignada a ningún cargo, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia indicó que, si había una necesidad del servicio, una actividad que era permanente y que se tenía que prolongar en el tiempo, su obligación era efectuar las modificaciones en la planta de personal, en lugar de cercenar derechos y garantías de los trabajadores.

Que, el objeto social que se reporta es la ejecución de todas las actividades previas, concomitantes y posteriores para construir y poner en operación el sistema de transporte masivo de la ciudad de Santiago de Cali, lo que significa que la actividad permanente que desarrollaba el señor Henry era la revisión e inspección diaria de la infraestructura del sistema masivo MIO y el control de la flota en la vía y el centro de control principal, era una actividad inherente al objeto social de la entidad, además, era una actividad que requería la ampliación de la planta de personal a efectos de cubrir estas necesidades.

Que, no se determinó que fuera una actividad transitoria o una situación que se estuviera presentando en un periodo determinado, pues del testimonio de Harold Escobar, se dedujo que estuvo realizando tareas de inspección en la vía desde el año 2013 hasta el 2020, lo que significa que la actividad no se requirió por un periodo o por una situación en particular, sino que es una actividad que se ha venido desarrollando con el paso del tiempo.

En cuanto a la remuneración, los mismos contratos indican cuanto valía la totalidad del contrato por las fechas asignadas y como se pagaban esos rubros.

Que, los testigos indicaron el cumplimiento de horarios y que no era potestad del trabajador escoger el turno podía realizar, si no que le asignaban el turno y en caso de querer cambiar de turno debía pedir autorización a través de correo electrónico explicando las razones del cambio.

Señaló que, por otro lado, no tenía autonomía, pues no decidía el horario ni la forma de realización de la tarea, además, la empresa le suministrada las herramientas de trabajo, pues por el avantel que les daban, debían firmar que lo habían recibido y ser utilizado en los horarios de trabajo, así mismo, debían utilizar las prendas entregadas por el empleador, como el chaleco y gorra, siendo controlado su uso, pues era de obligatorio cumplimiento.

Que, los testigos afirmaron que, si incumplían con el horario de trabajo o con los uniformes, los llamaban a descargos, concluyendo que se dan los elementos esenciales para la existencia de un contrato de trabajo.

Que, no hubo interrupción en los contratos pues los mismos se ejecutaron de manera continua, ya que el servicio no podía ser suspendido, además, si bien es cierto, tenían una fecha de finalización, según los testigos, ellos siguieron laborando hasta que les realizaban el otro contrato.

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión, **recurre la parte demandada**. Solicita revocar la decisión y no acceder a las pretensiones de la demanda.

Adujo que, no es cierto que actuara de mala fe o que de manera indiscriminada se utilizara el contrato de prestación de servicios como un mecanismo o una manera de no realizar las respectivas incorporaciones a la planta de personal de la entidad.

Que, según el acto legislativo 01 de 2005 por medio de cual se incluye el principio fiscal todas las entidades deben ceñirse a un marco normativo de implementación, es decir, que cualquier modificación de la planta de personal o incluso el pago de rubros de sentencias tienen que estar supeditados a un control fiscal. Que, en los contratos y certificaciones no cuenta en su planta de personal con personas que puedan prestar ese servicio.

Afirmó que, de conformidad con el articulo 41 ley la ley 80 de 1993, dada la naturaleza del contrato civil de prestación de servicios, la prestación debe ser personal y la mencionada norma indica que la contratación se hace por

la insuficiencia de personal y por ende no podía cederse ni transmutarse porque se desnaturaliza su esencia.

Que, la prestación del servicio no es prueba irrefutable de la relación laboral, máxime que no está demostrada la condición de subordinación exigida en los artículos 23 y 24 del C.S.T. (sic), además, que en la planta de personal no había un trabajador oficial que cumpliera con las mismas condiciones, lo cual hace imposible cumplir con la sentencia en ese sentido.

Indicó que, dada la naturaleza de la prestación de servicio que realiza la entidad y en cumplimiento de las obligaciones legales, le recae la obligación contenida en la ley 1474 de 2018 artículos 83 y 84, de realizar una revisión integral exhaustiva de control y vigilancia de cada uno de los contratos que suscribe, dicha obligación ata a la entidad a que los supervisores del contrato verificaran su cumplimiento, pero no implica el reconocimiento de una subordinación o de un llamado a descargos, pues si no se cumple con el objeto civil contractualmente pactado se hacen las respetivas anotaciones.

Que, en cuanto a los implementos de chalecos y demás, dada la naturaleza de la entidad, es necesario que los usuarios del sistema puedan identificar algún agente de la entidad para cualquier eventualidad.

Dijo que, no hubo mala fe, por lo tanto, no se le debe condenar a la sanción moratoria, ya que hubo un acuerdo de voluntades para firmar esos contratos de prestación de servicios.

Que, no se tuvo en cuenta que en virtud de la Ley 550 de 1999 le es prohibido según el artículo 17, la atención de las obligaciones dinerarias con anterioridad a la fecha de aceptación del proceso de insolvencia, es decir, anteriores al 11 de septiembre de 2019, fecha en la cual la Superintendencia aceptó el proceso, por ende, respecto a las sanciones del 1 de abril de 2020, por un día de mora hasta la actualidad, es imposible de ejecutar por parte de la entidad.

CONSIDERACIONES

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre el **recurso de apelación** interpuesto por la demandada respecto de la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

Hechos Probados

En el sub iúdice no es materia de discusión que: **I)** entre **HENRY PELAEZ SAENZ y METRO CALI S.A.**, existió un vínculo jurídico denominado contrato de prestación de servicios; y. **II)** que las funciones eran de revisión e inspección diaria de la infraestructura de SITM-MIO y control de flota en la vía y centro de control principal

Problemas Jurídicos

El debate se circunscribe a establecer si: **I)** se logró desvirtuar el elemento de la subordinación o si, por el contrario, se encuentra acreditada la existencia de una verdadera relación laboral; **II)** está probada o no la mala fe, para determinar si hay lugar a condenar a la indemnización moratoria; y, **III)** el proceso de insolvencia impide el pago de las condenas impuestas.

Análisis del Caso

Legislación y Jurisprudencia Aplicables

De los trabajadores oficiales

En el marco jurídico que caracteriza a la función administrativa, la estructura de la administración y el concepto de empleo, el Decreto 2127 de 1945 señala que no son empleados públicos, y son trabajadores oficiales quienes desempeñen labores en:

> *"a) Construcción o sostenimiento de obras públicas, o*
> *b) Empresas industriales, comerciales (…) o*
> *c) En instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma…"* (Artículo 4º)

En virtud de ello, se define el trabajador oficial como aquel que "…*labora en*

actividades que realiza el Estado, pero que también realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, por no ser actividades propias del Estado, de la administración…"[2].

Así, en la regulación que se hace de las dos categorías de servidores, se predica de los trabajadores oficiales el vínculo contractual y de los funcionarios y empleados públicos el vínculo legal o reglamentario; siendo los servidores municipales empleados públicos, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas trabajadores oficiales y; con criterio de diferenciación legal, se establece que los empleados públicos ejercitan sus funciones solo bajo tal calidad, por ser estas de carácter administrativo, mientras tanto que los trabajadores oficiales ejercitan funciones que pueden ser desarrolladas por los particulares. (Ley 4ª de 1913 artículo 5º - D. R. 2127 de 1945 artículos 4º y 8º - de D.L. 1333 de 1986)

Respecto del mismo asunto la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral en Sentencia del 27 de febrero de 2002, radicación 17729 había señalado:

> " ... *Cabe precisar que para ser establecida la calidad de trabajador oficial, ha sostenido la jurisprudencia, debe acreditarse en el juicio que las funciones desempeñadas en el caso específico, tienen relación con las actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, pues no toda labor de servicios generales o de mantenimiento que se realice sobre un bien de una entidad pública o afectado a un servicio público como aseo de instalaciones, reparaciones, albañilería, pintura, etc.; determina por ese solo hecho la naturaleza jurídica del vínculo laboral...".*

Así las cosas, para establecer la condición de trabajador oficial se utilizan dos criterios: *el orgánico*, (que mira a la entidad), que consiste en definir como trabajadores oficiales a quienes prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier nivel y sin contar para nada las funciones asignadas al respectivo organismo, con excepción de aquellos que desempeñen cargos de dirección y confianza, y así se señala en los estatutos, y *el funcional* (que mira las funciones), que otorga esa condición a quienes en los establecimientos públicos, superintendencias, ministerios o departamentos administrativos y sus equivalentes en el ámbito territorial o distrital **ejecutan labores** relacionadas con la construcción y

[2] Derecho administrativo Laboral, Quinta Edición, Legis, Pag. 44, Jairo Villegas Arbelaez.

sostenimiento de obras públicas.

Por su parte el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, señala:

> «***ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.*** *Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.*
>
> *Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.»* (Subrayas fuera del texto).

El Decreto 1333 de 1986, indica en sus artículos 292 y 293:

> «***ARTÍCULO 292.*** *Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales*…
>
> (…)
>
> ***ARTÍCULO 293.*** *Los empleados públicos se rigen por las normas de la ley y las demás disposiciones que, en desarrollo de ésta, dicten las autoridades municipales competentes. Los trabajadores oficiales, por la ley, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere*…» (Subrayas fuera del texto)

En igual sentido, la Ley 909 de 2004, dispuso:

> ***«ARTÍCULO 5°. Clasificación de los empleos.*** *Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*
>
> 1. *Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley,* ***los de trabajadores oficiales*** *y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.»*

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el **Decreto 1083 de 2015,** Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, señala:

> ***«ARTÍCULO 2.2.30.1.1 Tipos de vinculación a la administración pública.*** *Los empleados públicos están vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria y los trabajadores oficiales por un contrato de trabajo.*

En todos los casos en que el empleado se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se ***denomina empleado público****. En caso contrario, tendrá la calidad de* ***trabajador oficial****, vinculado por una relación de carácter contractual laboral.»*

Es decir, quienes laboran en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales, salvo los que desempeñan funciones de Dirección y Confianza, ya que así se señala en los Estatutos, los cuales tienen categorización de empleados públicos.

Al respecto los artículos 1° y 2º del Decreto 2127 de 1945, compilados en los artículos 2.2.30.2.1. y *2.2.30.2.2* del Decreto 1083 de 2015, respectivamente, indican:

"ARTICULO 1o. *Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquel cierta remuneración.*

Artículo 2º *En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos:*

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y

c) El salario como retribución del servicio."

A su turno los artículos 3 y 4 del Decreto 2127 de 1945, compilados en los artículos 2.2.30.231. y *2.2.30.242* del Decreto 1083 de 2015, respectivamente, refieren lo siguiente:

"ARTICULO 3o. *Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera.*

> ***ARTICULO 4o.*** *No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma*.".

Ahora bien, con ocasión de la aplicación directa del artículo 53 de la Carta Fundamental, la Corte Constitucional ha establecido que el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquéllos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades o por contratos escritos que desdicen de la realidad.[3]

La legislación laboral, en consonancia con el aludido principio constitucional, prefija la existencia de un verdadero contrato laboral cuando se constate la concurrencia de sus tres elementos constitutivos y consustanciales, cuales son: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador iii) un salario como retribución del servicio.

En tal sentido, en reiteradas oportunidades, ésta Corporación ha precisado que se impone el principio de primacía de la realidad cuando una entidad estatal pretende esquivar o esconder una relación laboral bajo el ropaje formal de la figura del contrato de prestación de servicios establecido en la Ley 80 de 1993, que es una modalidad de contratación estatal claramente reglamentada y a través de la cual las entidades públicas pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, sin que en ningún caso se pueda perder de vista el elemento de la temporalidad de este tipo de modalidad contractual estatal.

---

[3] Véase al respecto la Sentencia C-665 de 1998.

Sobre la Subordinación

Al respecto, la subordinación propia de un contrato de trabajo ha sido entendida como la "aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente" (sentencia CSJ, SL, 1° julio. 1994, rad. 6258, reiterada en el SL, 2 agosto 2004 rad. 22259).

Respecto a la subordinación, son diversos y claros los pronunciamientos efectuados por la referida Corporación, quien ha establecido que dicho precepto es la clave para evidenciar cuando se está al frente de una verdadera contratación laboral y no frente a otro tipo de contrato. Es así como de antaño V. gr. en la Sentencia C- 386 de 2000 dijo:

> *"(…)… La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél… (…)."*.

Acorde con la sentencia referida, podemos colegir que la subordinación laboral contiene una facultad o potestad intrínseca del empleador consistente en **dar órdenes, dirigir o exigir sumisión** a sus trabajadores en el desarrollo de sus funciones y en virtud del contrato de trabajo, en el cual el trabajador pierde en alguna proporción su autonomía y voluntad, para someterse a las directrices del empleador quien propende conseguir un incremento productivo a favor de la empresa.

En cuanto al elemento subordinación, esta debe ser continuada o permanente**,** es así que, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia en Sentencia 46384 del 18 de abril de 2018, con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, refirió:

> *"(…) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. (…)".*

Sobre la Indemnización Moratoria

Se tiene que, la sanción moratoria se encuentra regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el sector privado, y en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, para el oficial – trabajadores oficiales –, es de naturaleza sancionatoria, de modo que, para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento le abre paso.

Sobre este aspecto, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, la sanción moratoria –tanto la prevista en el artículo 65 del CST, y la inmersa en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, como aquella dispuesta en los Decretos 1582 de 1998[4] y 1252 de 2000[5], normas que reenvían a la Ley 50 de 1990, en virtud de dicha norma, fue solo para el sector privado, no son de aplicación inmediata de cara al hecho objetivo de que el empleador al terminar el contrato de trabajo deje de pagar salarios y prestaciones sociales adeudados, de ahí que para su imposición en el marco del proceso judicial sea necesario que el empleador aporte razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva. Al respecto V. gr. véase las Sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia CSJ SL8216 – 2016; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13442-2017; CSJ SL6621-2017; CSJ STL10313-2017.

---

[4] ***Decreto 1582 de 1998: Artículo 1º.-"*** *El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998."*

[5] ***Artículo 1°.*** *Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo".*

Conforme a lo anterior, tiene que aceptarse que, para acceder a la sanción moratoria solicitada por la demandante deben acontecer dos escenarios a saber ***i)*** que el vínculo laboral haya finiquitado, y, ***ii)*** la mala fe con que actuó el empleador.

Caso Concreto

De la Calidad de los Trabajadores de METROCALI S.A.

Según se visualiza en el certificado de existencia y representación legal (fls. 13 a 24 archivo PDF 3 expediente digital), Metro Cali S.A. es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, entidad descentralizada del orden Municipal titular del Proyecto Sistema Integrado de Transporte Masivo para la ciudad de Santiago de Cali, cuyo objeto social, es la ejecución de todas las actividades previas, concomitantes y posteriores para construir y poner en operación el sistema de transporte masivo de la ciudad Santiago de Cali y su zona de influencia, respetando la autonomía que cada municipio tiene para acceder al sistema, así como que la, construcción y puesta en funcionamiento del sistema comprenderá todas las obras principales y accesorias necesarias para la operación eficaz y eficiente del servicio de transporte masivo de pasajeros, comprendiendo el sistema de redes y movilización área y de superficie, las estaciones, los parqueaderos y la construcción y adecuación de todas aquellas zonas definidas por la autoridad competente como parte del sistema de transporte masivo.

Más adelante, en el mismo certificado en mención, se acredita que: "…*el presidente, el secretario general y el jefe de control interno y gestión de calidad desempeñan funciones de manejo y confianza y por lo tanto son funcionarios de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, empleados públicos, igualmente los funcionarios que ocupen cargos directivos, de nivel asesor y los profesionales asignados a las actividades de programación, diseño, control y supervisión de construcción de obras de infraestructura vial, desempeñan funciones de manejo y confianza y en consecuencia son empleados públicos de libre nombramiento y remoción. Los demás servidores de la sociedad son trabajadores oficiales y estarán sometidos al régimen que la ley establece*…".

De la Relación Laboral

Analizando el presente asunto, se tiene que, el demandante fue vinculado a la entidad METRO CALI, mediante sendos contratos de prestación de servicios (fls. 25 a 83 archivo PDF 3 expediente digital), cuyo objeto era "*Prestación de los servicios para Apoyar a la Oficina de Control de Operación adscrita a la Dirección de Operaciones de Metro Cali S.A. en las actividades relacionadas con la revisión e inspección diaria de la infraestructura del SITM – MIO y Control de la Flota en la Vía y Centro de Control Principal*".

Dentro de sus actividades específicas se encuentran: "1) realizar la inspección y reporte del estado de la infraestructura del SITM – MIO (terminales, estaciones y corredores). 2) Apoyar al centro de control en la verificación del cumplimiento de la regularidad en los planes de servicio de operación. 3) Apoyar al centro de Control en la atención a contingencias internas o externas del SITM – MIO que afecten la regularidad de la operación. 4) realizar actividades de control de flota en campo. 5) Presentar reportes de las novedades que afecta la operación diaria del sistema. 6) brindar respuesta clara, veraz y oportuna sobre solicitudes de aclaración de casos de la bitácora. 7) Reportar al CCO todas las novedades autorizadas para el debido registro en bitácora. 8) Mantener informado al CCO de cualquier irregularidad que se presente o que atente contra la seguridad de los usuarios.

Se encuentra, entonces, plenamente acreditada la prestación personal del servicio, ello, además, de conformidad con las declaraciones rendidas por los testigos Álvaro Andrés Ordoñez y Harold Esteban Escobar, quienes gozan de plena credibilidad, pues fungieron como trabajadores de la entidad METROCALI S.A., y, por ende, compañeros de labores del demandante.

El primero indicó que entró en el año 2010 como guía, luego, pasó a ser inspector de infraestructura y posteriormente paso al cargo de controlador, que laboró hasta el año 2012, sin embargo, reingresó nuevamente en octubre de 2018 hasta el 31 de enero de 2020, periodo en el cual conoció al demandante con quien en ocasiones trabajó en la misma zona, realizaban las mismas tareas. Sostuvo que, les daban unos turnos específicos, que tenían

que estar siempre en la estación asignada en el horario que ellos les programaban, estar pendiente de la operación, dar información a través de un Avantel al puesto de control, la información era diaria y permanente para que los supervisores supieran que estaban ahí, pues a través del avantel les decían dígame que bus esta en este momento y debían responder rápido, de lo contrario tenía una sanción.

Respecto a las prendas de identificación, indicó que, siempre debían tener el chaleco, la camisa de METROCALI y el carné en un lugar visible pues los acreditaba como empleados de la empresa. De los turnos afirmó que eran programados por METROCALI por el supervisor y el ingeniero Tito y, si se quería cambiar el turno, tocaba pasar una solicitud para que el cambio fuera aprobado; que, si no se encontraban en el sitio de trabajo cuando el supervisor hacia la revisión o no llevaban las prendas, les hacían un llamado de atención escrito y lo llamaban a la empresa METROCALI a una entrevista con el señor Tito Garzón a descargos, para explicar el motivo de la falta. Dijo que para todos los trabajadores era igual.

Añadió que, al demandante le dieron una capacitación para la realización de sus labores en las instalaciones de METROCALI, por parte del señor Tito Garzón, quien, permanentemente las daba, si no iban les llamaban la atención. Y finalmente, que cuando los contratos se terminaban, mientras salía el nuevo contrato ellos seguían colaborando con la empresa, lo hacían voluntariamente, ya que de lo contrario no les daban contrato.

Por su parte HAROLD ESTEBAN ESCOBAR, declaró que laboró en la empresa METROCALI en octubre de 2013 hasta el 30 de enero de 2020, como inspector de vías, realizando seguimiento a los vehículos del sistema masivo MIO; que, les tocaba estar en varias estaciones de acuerdo a la programación impuesta; que, los turnos se hacían de 4:30 a.m. a 11:00 a.m., de 11:00 a.m. a 5:00 p.m. y de 5:00 p.m. al cierre de la operación tipo 11 o 12 p.m.; que, habían supervisores por zonas que controlaban las rutas, debían estar pendiente de los vehículos, se llamaba a centro de control y daban la novedad.

Manifestó que, les brindaban el avantel el cual lo recogían en METROCALI antes de iniciar la operación y el compañero que hacia el cierre tenía que

llevarlo y firmar la minuta; que, les daban uniformes, chalecos reflectivos, gorra, carné; que, debían estar bien presentados y con el respectivo nombre para la identificación y cada uno se identifica con un código internamente; que si llegaba tarde enviaban una citación, en la cual después de turno, lo hacían ir hasta la empresa, para explicar por qué no asistió, muchas veces quien los llamaban y directamente les hacían los reclamos, era el señor Tito Garzón.

Que, del año 2018 al 2020 el demandante fue su compañero, que usaban los uniformes porque eso se lo exigían para la identificación en caso de que algún usuario tuviera alguna queja, que, lo fundamental era el uso del avantel pues por ahí se comunicaban todos, que el demandante usaba el Avantel; que al cierre del turno tenían que dejar el avantel y hacer la anotación en la planilla.

Esgrimió que, los contratos eran de prestación de servicios, que muchas veces se finalizaba contrato y los hacían ir mientras se firmaba otro contrato, que iban por miedo a que se quedaran sin contrato. Que, en una oportunidad se les varó un bus en San Bosco y fueron a verificar, estaban los tres (incluido el demandante) en ese momento pasó un supervisor y los vio, por lo que les llamó la atención y al demandante lo citaron con el otro compañero y les tocó ir hablar con el ingeniero Tito para explicar por qué estaban los tres.

Así las cosas, en el presente caso el elemento subordinación, no pudo ser desvirtuado por la parte demandada, pues los declarantes al unísono afirmaron que HENRY PELAEZ SAENZ**,** no tenía independencia ni autonomía para la realización de las labores encomendadas, ya que para la ejecución debía ceñirse a los lineamientos establecidos por los supervisores de METROCALI S.A., pues debían estar reportando las novedades de manera constante y estar pendiente del avantel por si lo llegaban a solicitar, so pena de ser requerido disciplinariamente; así mismo, se evidencia que las actividades del demandante eran permanentes y las mismas no se podían suspender, pues afirmaron de forma unánime que al terminarse el contrato ellos debían seguir laborando mientras salía el nuevo contrato.

En conclusión, de las pruebas testimoniales se observa que el demandante

estaba sometido a las órdenes e instrucciones de la demandada, so pena de que se les impusieran los correctivos correspondientes, propio del poder sancionatorio con que cuenta el empleador.

En cuanto a la remuneración, este elemento está demostrado pues en los contratos de prestación de servicios, está plasmado lo que devengaba mensualmente el demandante por la realización de sus labores, de la siguiente manera:

Contrato De prestación de servicios	**Valor contrato**	**Tiempo**
No. 917.104.2.535.2017	$6.420.000 pagaderos en 4 cuotas mensuales de $1.605.000	01 de septiembre de 2017 al 29 de diciembre de 2017
No. 917.104.2.53.2018	$9.924.000 pagaderos en 6 cuotas mensuales de $1.654.000	03 de enero de 2018 al 29 de junio de 2018
No. 917.104.2.505.2018	$6.616.000 pagaderos en 4 cuotas mensuales de $1.654.000	03 de julio de 2018 al 31 de octubre de 2018
Prórroga del contrato No. 917.104.2.505.2018	$3.308.000 pagaderos en 2 cuotas mensuales de $1.654.000	01 de noviembre de 2018 al 28 de diciembre de 2018
No. 917.104.2.58.2019	$13.628.960 pagaderos en 8 cuotas mensuales de $1.703.000	02 de enero de 2019 al 30 de agosto de 2019
No. 917.104.2.473.2019	$6.814.480 pagaderos en 4 cuotas mensuales de $1.703.620	02 de septiembre de 2019 al 30 de diciembre de 2019
No. 917.104.2.75.2020	$1.703.620	Del 03 de enero al 31 de enero de 2020

Bajo ese entendido, se tiene que, la entidad METROCALI S.A., es una empresa Industrial y Comercial del Estado, y además, las labores realizadas por el demandante son las propias de un trabajador oficial, ya que tienen que ver con la construcción y sostenimiento de obras públicas, pues sus funciones eran de revisión e inspección diaria de la infraestructura de SITM-MIO, es decir, del sistema de transporte masivo de Cali, por lo que, no es imperativo acreditar que exista un trabajador de planta que realizara las mismas funciones, pues las normas citadas líneas atrás, dejan entrever que, las personas que trabajan para éste tipo de Entidades y realizan ese tipo de funciones se deben considerar como trabajadores oficiales, por ende, es decir los criterios orgánico y funcional, su vinculación debe ser a través de un contrato de trabajo en calidad de trabajador oficial y no como ocurrió en el

presente caso mediante repetitivos y fraudulentos contratos de prestación de servicios, contrariando la ley.

De la Indemnización Moratoria

En cuanto a la mala fe, se observa, que las circunstancias que rodearon el vínculo jurídico que ató a las partes, no daban para que la naturaleza del contrato fuera discutible, pues es evidente que la relación que existió se torna de carácter netamente laboral, en razón a la naturaleza jurídica de la entidad y a las actividades desarrolladas por el actor, que denotan tareas propias de un trabajador oficial de planta, las cuales fueron ejecutadas bajo la continua dependencia y subordinación de la entidad demandada; relación laboral que valga anotar, se ocultó, camufló o disfrazó bajo la denominación de un contrato de prestación de servicios, con el propósito de eludir METROCALI S.A. el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o convencionales que se generan en favor del señor HENRY PELAEZ SAENZ, aspectos que conllevan a que el demandado se haga merecedor y a su cargo de la indemnización moratoria, razón por la cual se confirmara la condena impuesta por la *A quo*.

Del Proceso de Insolvencia del Demandado

Sostiene el recurrente que, no se tuvo en cuenta que, en virtud de la Ley 550 de 1999, le es prohibido según el artículo 17, la atención de las obligaciones dinerarias con anterioridad a la fecha de aceptación del proceso de insolvencia, es decir, anteriores al 11 de septiembre de 2019, fecha en la cual la Superintendencia aceptó el proceso.

Considera ésta Colegiatura que, en el presente asunto la justificación de la demandada para eludir el pago de las prestaciones ordenadas por el Juzgado no resultan válidas, pues de una simple revisión al certificado de existencia y representación legal perteneciente a METROCALI S.A., no obra anotación por parte de la Supersociedades referente a la aceptación de inicio del proceso de insolvencia aludido en el recurso de alzada, aunado a que dicha situación no está obligado a soportarla el trabajador, pues no existe justificación para que un empleador deje de pagar las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y a favor de sus trabajadores, bajo

argumentos en esta oportunidad falaces de insolvencia o quiebra, en la medida que tal y como lo regula el artículo 2495 del Código Civil, los créditos laborales pertenecen a la primera clase de créditos y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

Respecto a lo anterior, se trae a colación la sentencia No. 34.778 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del 1 de junio de 2010, donde se señaló:

> *"…LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA. Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 de C.S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.*
>
> *De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado, pueda obedecer caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333) …".*

Conforme a la anterior no le asiste razón a la apelante.

Así las cosas, la sentencia recurrida será confirmada, se condenará en costas de esta instancia a la parte vencida. Se fijaran como agencias en derecho a favor de **HENRY PELAEZ SAENZ** y a cargo de **METROCALI S.A**, la suma de Tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia apelada No. 246 del 28 de julio de 2021,** proferida por el **Juzgado Doce Laboral del Circuito** de Cali, dentro del proceso de la referencia, conforme se dijo en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas de esta instancia a cargo de la demandada. Fíjanse como agencias en derecho a favor de **HENRY PELAEZ SAENZ** y a cargo de **METROCALI S.A**, la suma de Tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

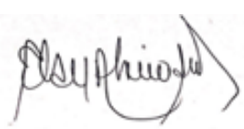
TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente a su Juzgado de Origen.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente

ALVARO MUÑIZ AFANADOR
Magistrado



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada