

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA
Magistrado ponente

SL4361-2015
Radicación n.º 42326
Acta 04

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de febrero de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.IC.E. ESP**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 24 de junio de 2009, en el proceso promovido por el señor **EDWIN RIVAS TRUJILLO** contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

El señor Edwin Rivas Trujillo, llamó a juicio a las Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. ESP, con el objeto de que se declarara la existencia de un contrato de trabajo y que este finalizó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicitó el pago de la

indemnización por despido, las cesantías definitivas con sus respectivos intereses, las primas legales de junio y de navidad, las vacaciones y la prima de vacaciones, las primas extralegales, los salarios insolutos desde el 26 de mayo de 1994 hasta la fecha de su retiro en el cargo de Ingeniero de Sección, el reajuste de salarios con los incrementos señalados en las convenciones colectivas de trabajo suscritas durante la vigencia de la relación laboral, la indemnización moratoria, y la indexación (folios 244 a 252 del cuaderno del Juzgado).

En sustento de sus pretensiones señaló, que fue contratado por la accionada el 26 de mayo de 1994, a través de una orden de servicio No GT-OS-UA-048-94, para desempeñarse como Ingeniero Interventor del Departamento de Interventoría e Infraestructura – Sección Redes, y las actividades encomendadas estaban dirigidas a desarrollar funciones de representación ante las firmas contratistas, realizar evaluaciones sobre la gestión encomendada, y tenía a su cargo un grupo de auxiliares de ingeniería; que la labor que se le encomendó era permanente y correspondía a las tareas normales de la empresa; que la contratación pactada inicialmente por 12 meses, fue prorrogada por más de 6 años, sin que cambiara el cargo designado; que el 2 de septiembre de 2000, de manera intempestiva y sin justa causa, la entidad finalizó la relación laboral; que desde el 26 de mayo de 1994 hasta el 2 de septiembre de 2000, se le canceló un valor como contraprestación a sus servicios, el

cual era inferior al que percibían las personas que tenían su mismo rango, y desempeñaban igual función.

Expuso, que su horario de trabajo era igual al de los trabajadores de planta, esto es de lunes a viernes, desde las 7:30 a.m., hasta las 5:30 p.m.; que utilizaba, para desarrollar la labor contratada, los equipos y herramientas de la accionada; que se le asignaban tareas con orden directa del jefe de turno de la Sección Interventoría Redes; que la accionada vulneró la convención colectiva de trabajo, en la medida que en el artículo 20 se consagró lo siguiente:

LIMITACIÓN A LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.- EMCALI no celebrará contratos civiles de obra, ni contratos a término fijo ni contratos **Administrativos de Prestación de Servicios** con personas naturales, para la ejecución de labores, que dentro del funcionamiento normal y ordinario de la empresa tenga el carácter continuo y permanente. Se entiende que la construcción de los ensanches de los servicios, no está comprendida dentro del funcionamiento ordinario y normal de Emcali. Tampoco contratará trabajadores temporales a través de las denominadas bolsas de empleo o agencias temporales....

Finalmente, acotó que el último salario que percibió ascendió a la suma de \$1.400.000, a pesar de que la remuneración de los Ingenieros de la Sección de Interventoría Redes y Profesionales I, en el año de 1999, era de \$2.185.050, y que la accionada a partir del 1º de enero de 1997, fue una empresa industrial y comercial de estado, por lo tanto, sus servidores ostentaron la condición de trabajadores oficiales.

La demandada, se opuso a las pretensiones e indicó que el accionante fue contratado laboralmente para «colaborar temporalmente como auxiliar de interventoría DE LAS OBRAS DE ENSANCHE DEL SERVICIO TELEFÓNICO»; que se suscribieron, para ejecutar esa labor, sendos contratos civiles de prestación de servicios; manifestó que en el artículo 20 de la convención colectiva de trabajo, y tal como lo confesó la apoderada del demandante, **«los ensanches de los servicios no está comprendida dentro del funcionamiento normal y ordinario de EMCALI, ES DECIR QUE SON COLABORACIONES TEMPORALES, SIN CARÁCTER CONTINUO NI PERMANENTE EN LA EMPRESA»**. Propuso como excepción previa la de prescripción, y de fondo las de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia del contrato realidad por inexistencia de la continuada subordinación, existencia en realidad de un contrato civil de prestación de servicios, inexistencia de continuada subordinación entre la demandante y la demandada, carencia de acción por inexistencia de derecho reclamados, carencia de derecho, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de causa jurídica, pago, contrato civil de prestación de servicios, inexistencia de jornada de trabajo, temporalidad de los servicios contratados e imposibilidad de realizarlos con servidores públicos de planta, no continuidad de la relación contractual, y prescripción del salario (folios 260 a 281 del cuaderno del Juzgado).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, con sentencia del 11 de noviembre de 2004, declaró probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo, y absolvió a la demandada (folios 730 a 750 del cuaderno del Juzgado).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación del demandante, conoció del proceso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que no dio por probadas las excepciones, revocó la de primera instancia, y en su lugar, declaró la existencia de una relación laboral, y condenó a la accionada al pago de cesantía, intereses a las cesantía, primas de junio, vacaciones, y la suma de \$46.666.66 diarios por concepto de indemnización moratoria a partir del 1º de diciembre de 2000 hasta cuando se efectuara el pago de las prestaciones sociales; absolvió de las demás pretensiones (folios 25 a 34 del cuaderno del Tribunal).

Para arribar a su decisión, el Tribunal, en lo que interesa al recurso señaló, que la orden de servicio 102 del año 2000, así como de los antecedentes comenzando por la del año 1994, distinguen que la actividad principal del accionante era la de *«Representar en forma directa a la gerencia de telecomunicaciones ante la firma contratista urbanizadora»*, y en consecuencia nunca fue autónomo en esa actividad, pues *«se trata tan solo de eficiente colaboración en una actividad de interventoría»*, y para explicar mejor esa situación, se refirió al

testimonio del señor Joaquín Pablo Collazos, para decir que *«La precedente situación de heteronimia se cumple a cabalidad con la explicación que da igualmente la testigo de la empresa Sara García a folio 514: “Si era autónomo dentro de su conocimiento o sea acorde con su perfil de ingeniero electricista, yo como supervisora de Emcali, de uno de los contratos que suscribió con la gerencia de telecomunicaciones le impartía instrucciones hacia los procedimientos», y después concluyó que «se era autónomo como profesional de ingeniería pero no frente a la tarea por cumplir ya que requería instrucciones aún en los casos de procedimiento», e informó, que para soportar aún más esa conclusión, estaba la declaración de la persona que se jubiló de la empresa, quien tenía funciones de jefe de sección y de grupo, y que indicó lo siguiente: «las ordenes eran iguales para todos los ingenieros por que (sic) todos desempeñaban iguales funciones. Si le di órdenes directas para el cumplimiento de algunas actividades y no eran diferentes a las que se impartían a los demás interventores».*

Expresó, que existía subordinación jurídica, en la medida que el actor *«para nada desempeñó de forma autónoma su trabajo, por el contrario, estuvo presto como ingeniero al cumplimiento de su función contratada, colaborar en la interventoría del ensanche del servicio telefónico»,* siendo que el vocablo colaboración, no tiene relación con autonomía, pues el verbo colaborar, *«para nada finiquita o concluye la misión o actividad por su propia iniciativa, es más su propia colaboración, como ayuda que es, se sujeta a la final decisión de quien requiere el servicio.»*, e indicó lo siguiente:

«Pero es de reseñar que no es sola la presencia vigente de la subordinación jurídica la que da presencia al contrato laboral alegado, si no (sic) que es cierto, que no ha sido demostrado los elementos que tipifican a la contratación administrativa, toda vez que si fuese cierto la tesis convencional, de poderse pactar contratos ajenos al laboral en obras de ensanche de servicio en la empresa, estos terminaron en 1998, según se dice en la

contestación de la demanda, según se ve en le (sic) hecho tercero, folio 283.pero (sic) los servicios se continuaron prestando hasta el 2 de septiembre de 2000.

Y se dice, si fuese cierto, la tesis convencional sobre la existencia de contratación laboral ajena al derecho laboral en las tareas de ensanche de los servicios por parte de la empresa, porque no resulta ajustada al ordenamiento jurídico poder dar lectura de esa cláusula convencional como negación para la presencia de contratos laborales en la ejecución de las obras de ensanche de la empresa, pues como se ha manifestado antes y se repite ahora, sean obras, tareas normales o de ensanche, siempre que haya subordinación jurídica o heteronimia en la ejecución de las labores, se está en presencia de un contrato laboral si además el servicio es personal y remunerado, lo que para nada se niega en el presente caso.

En cuanto a la indemnización moratoria, acotó lo siguiente:

En el punto de indemnización moratoria se debe indicar como asunto capital el no obrar en este juicio presupuestos de aplicabilidad permisivos para que en concreto se puedan dentro del plenario utilizar los mandamientos convencionales manifestación que tiene como base el alegarse en el hecho primero de la contestación de la demanda estar permitido en el ensanche de obras como en la que se ocupó el actor, contratar personal mediante actos diferentes al contrato de trabajo.

Y se dice que es capital, en tanto muestra, según el propio dicho de la entidad, que no está permitido contratar mediante figuras del derecho administrativo personal para cumplir labores, normales u ordinarias, solo se podría si fuese personal contratado para ensanche de obras, lo que para nada se cumple si tal servicio se dio por más de cinco años con lo cual se desea significar lo ilustrado de la prohibición legal y convencional para no acudir a los actos del Derecho Administrativo, si lo que ocurre es una labor decididamente subordinada, pues siempre que ella ocurra hay visibilidad para el contrato de trabajo.

Pero a pesar de todo ello, la empresa enseña que había posibilidad para utilizar las herramientas o contrataciones administrativas en estos casos; lo cual a todas luces es contrario a derecho, pues la ley y la convención lo autorizan para personal de ensanche de obras.

La indemnización moratoria procede en este evento por dos razones: 1) la excusa para darle aplicabilidad a la contratación administrativa y señalada en los hechos primero y décimo tercero

de la contestación de la demanda no tiene razón según la convención colectiva, los ensanches no están comprendidos dentro del funcionamiento normal de la empresa y poder en estos vincularse personal mediante actos ajenos al derecho laboral, de ser en este caso, toda vez que no obran en autos los supuestos que viabilizarían de los mandatos convencionales. La subordinación laboral típica del contrato laboral y por supuesto frente a los derechos anhelados emerge de las actuaciones conforme las precisiones de los mismos funcionarios de la entidad mediante los cuales se nota no hay colaboración esporádica, especial o temporal, sino por el contrario atado siempre a la potencialidad de poder recibir y cumplir las órdenes de los empleados de la entidad así como su continuo y permanente materialidad por parte de sus superiores.

Todo lo anterior, muestra desde la ejecución del servicio la configuración de un contrato de trabajo, sin que pueda por las evidencias advertidas a la terminación de dicha relación tenerse como razonada la creencia de no existir contrato de trabajo, no otra cosa puede anotarse cuando la supervisora del contrato afirma que era autónomo como ingeniero Electricista siendo ella quien le daba las instrucciones hacia los procedimientos, sin que pudiese el ausentarse por días, quien además por agilidad y facilidad se le permitía el uso de implementos de tipo administrativo como computador, teléfono, pudiendo el personal de apoyo del Departamento de interventoría proveerlo elementos de tipo técnico, así como el contratista o él mismo.

Que decir entonces, cuando lo que emerge de bulto es la heteronimia y no la manida autonomía del contratista quien solo podía serlo en realidad en los temas que como Ingeniero Electricista le reconocen, pero si se señala en el documento contractual que incluso debía colaborar eficientemente en la representación directa de la gerencia de la entidad ante la firma de (sic) contratista urbanizadora (f.42).

Así las cosas la entidad demandada se hará acreedora de la sanción moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949 la cual correrá a partir del día noventa y uno (91), esto es 1 de diciembre de 2000 a razón de \$46.666.66 diarios y hasta cuando se efectúe el pago de las prestaciones sociales aquí ordenadas.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, que procede a resolverlo.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case parcialmente la sentencia del Tribunal, única y exclusivamente respecto a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 1º del decreto 797 de 1949, y en sede de instancia, confirme la de primer grado, en cuanto la absuelve de esa pretensión, y no la case en lo demás.

Con tal propósito formula un cargo. No hubo réplica.

VI. ÚNICO CARGO

Acusa la sentencia, de ser violatoria de la ley sustancial, por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida del artículo 1º del decreto 797 de 1949, 52 del decreto 2127 de 1945, y 11 de la ley 6º de 1945, en relación con los artículos 1º, 2º y 3º del decreto 2127 de 1945; 27 del decreto 3118 de 1968, 13 de la ley 344 de 1996, 17 literal a) de la ley 6ª de 1945, 33 del decreto 3118 de 1968, modificado por el artículo 3º de la ley 41 de 1975, 8º del decreto 3135 de 1968, 53 de la Constitución Política, y 61 y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Informa, que esa violación se generó por los siguientes errores de hecho:

1. *No dar por demostrado, estándolo, que las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI “EMCALI” tenía los suficientes elementos de juicio para no cancelar los salarios y prestaciones sociales propios de una vinculación subordinada, pues creía que estaba frente a una vinculación subordinada, pues creía que estaba frente a una vinculación regulada por la ley 80 de 1993.*

2. *No dar por demostrado, estándolo que tanto las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI “EMCALI”, como el señor EDWIN RIVAS TRUJILLO tenían el convencimiento bien fundado respecto al tipo de vinculación que los unía, pues creían que era diferente al laboral.*

3. *No dar por demostrado, estándolo, que la construcción de los ensanches de servicios públicos (teléfonos), convencionalmente no estaba comprendida dentro del funcionamiento normal y ordinario de EMCALI, y por tanto para éstas (sic) labores, perfectamente podía contratarse por medio de prestación de servicios.*

4. *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante concomitantemente con la vinculación por servicios EMPCALI, tenía otros contratos de prestación de servicios, lo cual no sólo descarta la existencia de la exclusividad, sino que demuestra también la autonomía que tenía en sus contratos.*

Señala, que esos errores de hecho, «se causaron por no haber apreciado correctamente» las siguientes probanzas:

- 1.- *Orden de servicios No GT- OS-UA. 048-94(FL. 2 C. No. 1).*
- 2.- *Orden de servicios EMC- GT- OS-102-2000 (FL. 43 a 44 C. No. 1).*
- 3.- *Contestación de la demanda (fls. 260 a 281 ibídem).*
- 4.- *Convenciones Colectivas de Trabajo (fls. 521 a 622 ibídem).*
5. *Testimonial de Joaquín Pablo Collazos 8FL. 668 a 671 ibídem).*
6. *Testimonial de Sara María García (Fls. 513 a 517 ibídem).*

Como pruebas no valoradas relaciona el contrato suscrito con Siemens S.A., y Ericsson de Colombia S.A. (folios 302 a 433), el certificado del plan de expansión o ensanche telefónico en la década de los 90 (folios 471 a

472), el «*Documental que aparece a folios 298 a 300*», el diploma de magister (folios 301), la inscripción en la Dian (folio 473), la constitución de pólizas de garantía (folio 467), las cuentas de cobro (folio 434), las actas de iniciación y cumplimiento de sus órdenes de servicios (folios 435 a 498), y el testimonio de Gloria Inés López Palomeque (folios 630 a 640).

En la demostración del cargo, resalta que no controvierte la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, pero si lo atinente a la indemnización moratoria, y procedió a transcribir en extenso los argumentos expuestos por el Tribunal a efectos de fulminar condena por ese concepto; indica que la imposición de esa indemnización está condicionada al análisis de los elementos relativos a la buena o mala fe que motivaron al empleador para no cancelar las acreencias laborales; que a folio 2 del cuaderno 1, se encuentra la orden de servicios No GT – OS – UA. 048-94, de la cual únicamente emergen que el demandante fue contratado para «...**colaborar en la interventoría de las obras de ensanche del servicio telefónico**, en lo referente a que las redes y canalizaciones se construyan de acuerdo con las normas y especificaciones técnicas de Emcali, en lo proyectos 81 K (en su última fase) y 149K», sin que de ella se desprenda mala fe o «que se quiso esconder un contrato de trabajo, como equivocadamente lo deduce el fallador de segundo grado»; que la orden de servicios EMC – GT – OS – 102 – 2000, es clara al señalar que el actor fue contratado para colaborar en lo siguiente: «a: Representar en forma directa a la Gerencia de telecomunicaciones ante la firma de contratista urbanizadora. Velar por

*el cumplimiento de todas las cláusulas del contrato y verificar su ejecución. **Ejecutar evaluaciones periódicas**, estableciendo los incumplimientos parciales o definitivos y con la debida sustentación, solicitar la aplicación de las sanciones a que haya lugar, Ordenar y verificar las pruebas necesarias para el recibo de cables a dar el servicio», e indica que el señor Rivas no fue contratado para desempeñar funciones subordinadas, en la medida que su colaboración fue profesional, debía estar al tanto «y de manera periódica» de la ejecución de las obras de ensanche, sin que «indiciariamente puede concluirse que trató de encubrirse una vinculación subordinada, como lo deja ver el Tribunal, para con ello imponer la tan gravosa sanción moratoria».*

Expone, que no se analizaron «con juicio» las convenciones colectivas de trabajo, en especial la cláusula 19 de la convención vigente para los años 1994 -1995, y la cláusula 20 de la convención con vigencia para los años 1996 -1998, toda vez que las labores de «**... ensanche del servicio telefónico ...**» no son del giro normal de la empresa, pues así lo pactaron las partes»; que la accionada no actuó de mala fe toda vez que la convención colectiva de trabajo le permitía esa clase de contratación, pues el actor fue contratado para colaborar en la interventoría de los contratos, «ensanche que fue de una magnitud jamás vista en las empresas Municipales de Cali» (folios 302 a 433 y 471 a 472 del cuaderno No 1), el cual fue asumido por Ericsson de Colombia S.A. y Siemens S.A.; que con las capacidades técnicas y científicas del demandante, «era indiscutible que podían **asesorar o colaborar a Emcali** en la ejecución de los ensanches telefónicos», en la medida que era magister en «**SISTEMAS DE GENERACIÓN DE ENERGÍA ELECTRICA**»,

situación que se demuestra con los documentos de folios 301 y 298 a 300; que el actor no solo era contratista independiente, sino también profesor universitario, y además prestaba sus servicios a otros clientes *«tal y como se demostrará con la prueba testimonial»*, y además, el accionante estaba *«consiente de la clase de vinculación que tenía con EMCALI»*, pues se registró como profesional independiente en la DIAN, bajo la actividad económica 7421, que corresponde a actividades de *«... ingeniería y **actividades conexas de asesoreamiento técnico**»*; que sin objeción alguna el demandante suscribía las órdenes de servicios, constituía pólizas de garantía, *«pasaba cuentas de cobro (...) y se ajustaba libre y voluntariamente tanto a las actas de cumplimiento de sus órdenes de servicios, como a las actas de iniciación de las mismas ...»*.

Indica, que si el *ad quem* hubiera valorado adecuadamente los documentos de folios 2, 43 y 44, y *«las convenciones colectivas de trabajo»*, junto con las que atrás analizó, y las que se señalaron como dejadas de apreciar, habrían concluido que existían *«razones poderosas, serias y jurídicas»* que conllevaron a contratar al demandante con un contrato de prestación de servicios, por el convencimiento de que se estaba en presencia de una relación diferente a la laboral, razón por la cual *«se abstuvo de cancelar las prestaciones propias del contrato de trabajo y sólo se limitó a cancelar el valor de los honorarios que se fijaron en cada una de las órdenes de prestación de servicios»*, y en consecuencia, se debe absolver por la condena impuesta a título de sanción moratoria consagrada en el artículo 1º del decreto 797 de 1949; después se refirió a los

testimonios de «JUANQUN (sic) PABLO COLLAZOS», Sara María García y Gloria Inés López Palomeque, y expuso que *«fue necesario instaurar esta acción para que se declarara la existencia del contrato de trabajo»*, declaración que en todo caso *«no puede llevar consigo, la ineludible imposición de una gravosa sanción moratoria, toda vez que bajo ninguna óptica puede aceptarse que la demandada actuó de mala fe en su contrato, puesto que tenía el convencimiento bien fundado, y así se demostró con el análisis de la prueba que antecede, que el lazo que los unía no era de índole laboral, sino que el mismo estaba regido por la ley 80 de 1993»*.

VIII. CONSIDERACIONES

La inconformidad del recurrente con la sentencia del Tribunal, se centra específicamente en la condena impuesta a título de sanción moratoria, en la medida que a su juicio, estaba plenamente convencida que el vínculo que unió a las partes distaba de ser laboral, pues se regía por la ley 80 de 1993.

El *ad quem*, para arribar a su decisión, al referirse a la existencia del contrato de trabajo, entre otros argumentos señaló, que no se habían acreditado los elementos que configuraban la contratación administrativa, pues aun cuando convencionalmente se autorizaba la celebración de esa clase de vínculos en obras de ensanche de servicios, dichas labores habían finalizado en el año de 1998 (hecho tercero de la contestación a la demanda), y pese a lo anterior, el trabajo encomendado al demandante continuó hasta el 2 de septiembre del año 2000.

En lo tocante al tema de la indemnización moratoria, indicó que no existían *«presupuestos de aplicabilidad permisivos»* a efectos de utilizar los mandatos convencionales, por las siguientes razones: (i) el servicio contratado *«se dio por más de cinco años con lo cual se desea significar lo ilustrado de la prohibición legal y convencional para no acudir a los actos del Derecho Administrativo, si lo que ocurre es una labor decididamente subordinada, pues siempre que ella ocurra hay visibilidad del contrato de trabajo»*, (ii) no existió colaboración esporádica, especial o temporal, por el contrario el actor recibía y cumplía órdenes de la demandada, y (iii) desde la ejecución del servicio se configuró un contrato de trabajo, pues aun cuando el demandante era autónomo como ingeniero electricista, no ostentaba esa condición en la labor encomendada, en la medida que *«debía colaborar eficientemente en la representación directa de la gerencia de la entidad ante la firma de contratista urbanizadora»*.

El censor a efectos de demostrar los yerros imputados al Tribunal, denunció una serie de pruebas unas por apreciación errónea, y otras por falta de valoración, las que a continuación pasan a examinarse:

1. A folios 2 a 3 y 43 a 44, reposan las órdenes de servicios GTO – OS – USA – 048 – 94, y EMC – GT – OS – 102 – 2000, suscritas entre el demandante y el demandado, para desarrollar el siguiente objeto:

(i) para el caso del primer contrato, el siguiente:

«Colaborar en la interventoría de las obras del ensanche del servicio telefónico, en lo referente a que las redes y

canalizaciones se construyan de acuerdo con las normas y especificaciones técnicas de Emcali, de los proyectos 81 K (en su última fase) y 149 K.

La ejecución de estos proyectos requieren una serie de actividades como:

- Representar en forma directa a EMCALI, ante la firma...
- Velar por el cumplimiento de todas las cláusulas del contrato y verificar su ejecución.
- Exigir al contratista del respectivo proyecto, la presentación del programa de trabajo detallado, y ajustado al plazo del contrato.
- Suministrar al contratista del respectivo proyecto toda la información necesaria referente al contrato.
- Efectuar evaluaciones periódicas estableciendo los incumplimientos parciales o definitivos y con la debida sustentación solicitar la aplicación de las sanciones a que haya lugar.

(ii) para el segundo, se estipuló:

EL CONTRATISTA se compromete con **EMCALI E.I.C.E.**, a prestar un servicio cuyo objeto consiste en colaborar activamente en lo que se refiere a: Representar en forma directa a la Gerencia de telecomunicaciones ante la firma contratista urbanizadora. Velar por el cumplimiento de todas las cláusulas del contrato y verificar su ejecución. Ejecutar evaluaciones periódicas, estableciendo los incumplimientos parciales o definitivos (sic) y con la debida sustentación, solicitar la aplicación de las sanciones a que halla (sic) lugar. Ordenar y verificar las pruebas necesarias para el recibo cables a dar al servicio.

2. En el hecho tercero de la contestación a la demanda (folios 260 a 281), se señaló:

(...)

E.- **EMCALI** con base en lo anterior suscribió con la empresa ERICSSON DE COLOMBIA S.A. el contrato No. 019 – 92 celebrado el 30 de Diciembre – 92, por US\$10.106.737 **el cual termina el 30 de Junio – 98 mediante RESOLUCIÓN No. 0955. Los cuales se anexan como PRUEBA 7.**

F.- De la misma forma **EMCALI** suscribe con la empresa SIEMENS S.A... El contrato No 020- 92 celebrado el 10 de Febrero – 93, por US\$ 17.495.578, oo más \$1.200'347.653, oo **el cual termina el 30 de Junio – 98 mediante RESOLUCIÓN No. 0953. Los cuales se anexan como PRUEBA No. 8.** (Negrillas de la Sala).

3. A folios 579 a 622 se encuentra la convención colectiva de trabajo suscritas entre EMCALI y SINTRAEMCALI, con vigencia desde el 1º de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1995, la cual, en su cláusula 19, señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 19. LIMITACIÓN A LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.

EMCALI, no celebrará contratos civiles de obra, ni contratos a término fijo, ni contratos administrativos de prestación de servicios con personas naturales, para la contratación de labores, que dentro del funcionamiento normal y ordinario de la empresa, tengan carácter continuo y permanente. Se entiende que la construcción de los ensanches de los servicios, no está comprendido dentro del funcionamiento normal y ordinario de EMCALI. Tampoco contratará trabajadores temporales a través de las denominadas bolsas de empleo o agencias temporales.

PARAGRAFO 1.

Para hacer reemplazos transitorios que obedezcan a programas de capacitación, EMCALI podrá excepcionalmente, celebrar contratos de trabajo a término fijo. EL orden de los reemplazos y la duración de los mismos serán motivo de decisión del Comité de Escalafón.

PARAGRAFO 2.

EMCALI, se compromete a desmontar gradualmente, los contratos administrativos de prestación de servicios, celebradas con personas naturales y a vincularlas preferencialmente en la medida que la función del contratista se convierta en permanente y exista disponibilidad de casillas vacantes dando prioridad a los más antiguos.

El texto atrás transcrito, a su vez se repite en la cláusula 20 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1º de enero de 1996 y el 31 de diciembre de 1998 (folios 520 a 578).

4. En el expediente, a folios 302 a 433 se encuentran las autorizaciones para la contratación de créditos internos a las empresas municipales de Cali – EMCALI; la autorización para celebrar operaciones de crédito externo con Siemens Aktiengesellschaft de Alemania por la suma de US\$1.487.241: los conceptos sobre contratos de empréstitos externos, la resolución A -213 de septiembre 2 de 1998 con el que se dio concepto favorable para contratar un crédito interno para financiar la adquisición de equipo telefónico; la aprobación de las garantías constituidas por parte de Ericsson para garantizar el contrato GT – 019 – 92 a favor de EMCALI; el contrato de suministro GT – 019 – 92 para la instalación y financiación parcial de 62.000 líneas telefónicas, suscrito entre Ericsson y la accionada; contrato de suministro GT – 020 – 92 suscrito con el consorcio Siemens Aktiengesellschaft Siemens sociedad anónima, para el suministro, instalación y financiación parcial de 87.000 líneas telefónicas, equipos de transmisión e interconexión tipo SDH y equipos complementarios.

5. a folios 471 y 472, obra una relación de los contratos celebrados por la accionada para el plan

expansión telefónica década de los 90, entre los que se destacan los siguientes:

CONTRATO	CONTRATISTA	OBJETO	FECHA INICIO	VALOR FISCAL
GT - 019 - 92	Ericsson de Colombia S.A.	Suministro e instalación de 62.000 líneas AXE	Enero 4 - 93	US\$10.108.737.
GT. 020 -92	Siemens S.A.	Suministro en instalación de 87.000 líneas	Abril 18 - 93	US\$17.495.5878

6. La documental de folios 298 a 300, da cuenta que la Sección de Interventoría de Redes Telefónicas, el 8 de abril de 1996, solicitó al gerente de telecomunicaciones de la demandada la renovación por un año, de los contratos de, entre otras personas, Edwin Rivas Trujillo, y se anotó lo siguiente: «... poseen un título de Maestría en Sistemas de Generación, son profesores Universitarios y tienen cinco y medio y seis años de experiencia profesional respectivamente, dos de los cuales los han desempeñado como interventores en redes telefónicas»; además, se señaló que mensualmente se hacían los siguientes descuentos:

- Retención en la fuente - 10%.
- Estampilla Prodesarrollo - 1%.
- Urbano
- Estampilla Pro Univalle - 1%.
- Estampilla Pro Ornato - 0.05%
- Seguridad Social:
- Salud - 12%
- Pensión - 13.5%

En total los descuentos son del 37.5%.

Tomando en cuenta los datos consignados, el valor después de aplicar los descuentos para el salario solicitado será:

$$\$1.400.000.00 \times 0.625 = 875.000.00$$

Lo cual está acorde con el salario mínimo de la categoría, sin tomar en cuenta las prestaciones sociales.

7. A folio 301, descansa diploma de Magister en sistemas de Generación Energía Eléctrica otorgado al demandante por la Universidad del Valle; a folio 473 se observa la inscripción realizada por el accionante al Registro Único Tributario, y en actividad económica se anotó, como primaria la 7421, sin que esa probanza, indique a que corresponde; con el documento que reposa a 467 da cuenta la Sala que el actor constituyó la póliza única de seguros No 52607 a favor del accionado; a folio 434 aparece la factura No 5 por concepto de prestación de servicio de interventoría, y a folios 435 a 498 obran actas de cumplimiento, certificados de reserva y registro presupuestal y actas de iniciación.

Analizado lo anterior, debe decirse, que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo tiene un claro carácter sancionatorio para el empleador, que a la finalización del contrato de trabajo, sea renuente al pago de salarios y prestaciones que deba a su trabajador, concepto que en todo caso es incompatible con la noción de buena fe.

En perspectiva con lo anotado, y aun cuando es cierto que entre las partes se suscribieron sendos contratos de prestación de servicios, el Tribunal, luego de establecer que en realidad entre estas existió una verdadera relación laboral – situación no cuestionada por la censura-, para la imposición de esa sanción, señaló que la labor para la que

fue contratado el demandante se extendió por más de cinco años *«con lo cual se desea significar lo ilustrado de la prohibición legal y convencional para no acudir a los actos del Derecho administrativo, si lo que ocurre es una labor decididamente subordinada, pues siempre que ella ocurra hay visibilidad para el contrato de trabajo»* conclusión acorde con lo que arrojan las pruebas denunciadas, si se tiene en cuenta que la accionada en el hecho tercero de la contestación a la demanda, indicó que los contratos celebrados con Ericsson de Colombia y Siemens S.A., finalizaron el 30 de junio de 1998, y la labor desarrollada por el demandante se extendió más allá de esa fecha, siendo el último contrato celebrado entre las partes el EMC – GT –OS – 102 – 2000; además, del texto de las convenciones colectivas, es dable señalar, que aun cuando autorizan la celebración de contratos de prestación de servicios para la construcción de las obras de ensanches, en su parágrafo 2º, contienen una orden imperativa a la empresa, consistente en el desmonte de esa clase de contratos, para proceder a vincular a las personas naturales, *«preferencialmente en la medida que la función del contratista se convierta en permanente y exista disponibilidad de casillas vacantes dando prioridad a los más antiguos»*.

En tal medida, la labor para la que fue contratado el demandante se extendió durante un lapso de tiempo durante el cual no estaban vigentes los contratos celebrados con Ericsson de Colombia y Siemens S.A., sin que de las pruebas denunciadas por la censura, o alguna otra obrante dentro del plenario justificaran esa situación,

ni se determinara la existencia de otros contratos civiles de ampliación de redes con los que estuviese vinculado el cumplimiento de órdenes de servicio de auditoría a cargo del demandante, que en realidad fue el principal argumento del Tribunal para deducir mala fe de la empleadora, fundamento este, que no fue desvirtuado en el cargo.

Por otro lado, el Tribunal para condenar al pago de la indemnización moratoria, señaló que la labor desarrollada por el demandante era *«decididamente subordinada»*, y que desde la ejecución del servicio se configuró un contrato de trabajo, tanto así que *«debía colaborar eficientemente en la representación directa de la gerencia de la entidad ante la firma de contratista urbanizadora»*, inferencias que no derrota el recurrente con las pruebas denunciadas, porque las ordenes de servicio, los contratos con Siemens S.A. y Ericsson de Colombia S.A., los certificados que dan cuenta del plan de ensanche telefónico, la inscripción en la DIAN, la constitución de pólizas de garantía, las cuentas de cobro, las actas de iniciación y cumplimiento de las ordenes de servicios, a lo sumo dan cuenta que la modalidad pactada entre las partes fue la de prestación de servicios, que se adelantó aparentemente y formalmente en debida forma pero, que no son suficientes para desvirtuar la subordinación, y por lo tanto la convicción íntima de que se estaba actuando en contravía de las normas legales, al desarrollarse en realidad un contrato de trabajo.

Adicionalmente debe recordar esta Sala, que no es la apariencia contractual, ni la voluntad inicial de cumplir las especificaciones y modalidades allí plasmadas, la que determina si un contrato es o no de trabajo, ya que la fuerza de la realidad de las condiciones en las que verdaderamente se ejecuta, y el cumplimiento de los elementos esenciales consagrados en el artículo 23 del C. S. del T. son los que finalmente estructuran la naturaleza del vínculo, con independencia del sentir o el pensamiento de las partes, lo que encuentra sustento en el carácter de orden público que informa el derecho laboral, y en la irrenunciabilidad del mismo.

En cuanto al diploma de magister con el que se pretende demostrar no solo la idoneidad sino además la independencia del accionante en el desarrollo de sus labores, ha de decirse, que tan solo acredita que el actor se encontraba muy calificado para desarrollar la función mas no, para probar su autonomía y ausencia de subordinación.

En virtud de lo anterior, no se observa que el incurriera en yerro evidente y protuberante al condenar a la indemnización moratoria, y en vista a que no se logró con prueba calificada demostrar alguno de los errores de hecho señalados en el cargo, no es posible entrar a evaluar los testimonios denunciados, como lo ha repetido la doctrina de esta Sala.

El cargo no prospera.

Sin costas en el recurso por cuanto no hubo réplica.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 24 de junio de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **EDWIN RIVAS TRUJILLO** contra las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.IC.E. ESP.**

Costas como se dijo en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS