El siguiente es el documento presentado por el Magistrado.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

# SALVAMENTO DE VOTO

Magistrada que salva voto: Dra. ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN

Providencia: Sentencia del 14 de noviembre de 2017

Radicación No. : 66001-31-05-03-2015-00400-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante BERARDINELISN HINESTROZA CÓRDOBA

Demandado: ACTIVA S.A. Y PABLO EMILIO LÓPEZ VERGARA

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada Ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Supúlveda

**Tema:**

**VALORACIÓN PROBATORIA EN EL CASO DEL OFICIAL DE CONSTRUCCIÓN O ALBAÑIL:** En primer lugar no podía pasarse inadvertido el oficio desempeñado por el actor: oficial de construcción o albañil, una labor históricamente discriminada y mal remunerada. A su vez, tampoco podía ignorarse las condiciones personales del demandante, toda vez que se trata de una persona pobre, de bajo grado de escolaridad, circunstancias todas que lo ponen en desventaja especialmente en el mercado laboral. Todas estas particularidades ubican al demandante dentro de la cláusula de no discriminación del artículo 13 de la Constitución Política, lo que obliga a todas las autoridades públicas a ejercer acciones afirmativas en su favor a fin de garantizar su derecho al principio de igualdad material. Ello implicaba, por ejemplo, flexibilizar la valoración probatoria y/o analizarla de cara al contexto fáctico de lo que sucede en Colombia con los albañiles.

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la sentencia mayoritaria, por cuanto considero que en el presente caso había lugar declarar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el señor PABLO EMILIO VERGARA por las siguientes razones:

En primer lugar no podía pasarse inadvertido el oficio desempeñado por el actor: oficial de construcción o albañil, una labor históricamente discriminada y mal remunerada. A su vez, tampoco podía ignorarse las condiciones personales del demandante, toda vez que se trata de una persona pobre, de bajo grado de escolaridad, circunstancias todas que lo ponen en desventaja especialmente en el mercado laboral. Todas estas particularidades ubican al demandante dentro de la cláusula de no discriminación del artículo 13 de la Constitución Política, lo que obliga a todas las autoridades públicas a ejercer acciones afirmativas en su favor a fin de garantizar su derecho al principio de igualdad material. Ello implicaba, por ejemplo, flexibilizar la valoración probatoria y/o analizarla de cara al contexto fáctico de lo que sucede en Colombia con los albañiles.

Ahora, partiendo de las características del oficio desempeñado por el actor y la obra para la que fue contratado (el revoque interno y de las fachadas del Centro o Parque Médico de Manizales) que entre otras cosas, no era un maestreo de construcción sino un simple oficial de construcción, resulta exagerado decir que porque los testigos no describieron en que consistieron concretamente las instrucciones que recibían todos los obreros del Sr. PABLO EMILIO VERGARA, de ello se deriva que el trabajador obró de manera autónoma . Igual calificativo se merece los otros argumentos a los que apeló la sentencia mayoritaria para denegar la existencia del contrato de trabajo, así: a) Nada de raro tiene que el trabajo se pague a destajo o por metro revocado, o que una vez contabilizado el metraje realizado, se pagara una suma global y que ella la recibiera el demandante para luego repartirla entre todos los obreros por igual, incluido el actor. Es increíble que en la sentencia se desconociera que en materia laboral el pago a destajo está permitido. Por demás, esa modalidad de trabajo también permite que un obrero trabaje más horas que su compañero y que por esa misma razón reciba mayor remuneración, lo que de ninguna manera le quita el carácter laboral a la relación. b) También es un exabrupto inferir que porque los obreros llevaban sus propios elementos de trabajo, que en realidad se reducían a un palustre, brochas o rodillos, ya eso supuestamente denotaba autonomía técnica, cuando en Colombia es una práctica generalizada (hecho notorio) que a todos los albañiles les exigen que lleven esos elementos, independientemente de la clase de relación con los que se los vincule. Ello realmente desconoce la realidad de nuestro país. c) Dejar el precedente de que para que haya subordinación el empleador tiene que estar presente todos los días de la semana en la obra de construcción, coloca realmente en desventaja a los albañiles, especialmente en aquellos casos en los cuales contratistas como PABLO EMILIO VERGARA tienen varias obras que vigilar. Dice la sentencia que las varias obras civiles que tenía que supervisar PABLO EMILIO VERGARA, sólo le permitía asistir al sitio donde laboraba el actor 1 o 2 veces a la semana de lo cual se podía inferir que no ejercía control o supervisión constante sobre las labores de aquel. Por el contrario, para la suscrita la evidencia de que PABLO EMILIO VERGARA tenía varias obras civiles, refuerzan su calidad de empleador, toda vez que fue quien reclutó al actor y a todos sus compañeros aquí en Pereira y se los llevó a Manizales a trabajar bajo su subordinación en la obra del “Parque Médico”, a donde les arrendó un sitio donde pernoctar y les pagó su salario a destajo, tal como lo aseguraron absolutamente todos los testigos.

La sentencia desconoce las pruebas o les hace decir lo que no dicen incurriendo en una verdadera vía de hecho, y de paso le impide al actor acceder a los derechos laborales a que tiene derecho, pues no solo se demostró la actividad personal, la subordinación y la remuneración sino también los hitos temporales, toda vez que los testigos aseguraron que el actor trabajó desde mediados de octubre de 2013 hasta mayo de 2014 y si bien no se expresó un día concreto, bien podía tomarse el último día de octubre de 2013 y el primer día de mayo de 2014 como enseña la jurisprudencia patria.

En consecuencia había lugar a revocar la sentencia de primer grado y a entrar a analizar cada una de las pretensiones económicas que se pidieron. Así mismo había lugar a analizar si procedía la deprecada solidaridad con la Sociedad Activa S.A.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN**

**Magistrada**

*Fecha ut supra*