El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia – 14 de noviembre de 2017

**Proceso**:Ordinario Laboral – Confirma fallo que negó las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-003-2015-00400-01

**Demandante**: Berardinelis Hinestroza Córdoba

**Demandado:** Activa S.A. – Pablo Emilio López Vergara

**Juzgado de origen**: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**Tema a tratar: CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS DIFERENCIAS CON EL CONTRATO CIVIL DE OBRA.** Los elementos esenciales que se requieren concurran para la configuración del contrato de trabajo, son: la actividad personal del trabajador, esto es, que este realice por sí mismo, de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (artículo 23 C.S. del T.). Estos requisitos los debe acreditar el demandante, de conformidad con el Estatuto Procesal Civil, que se aplica por remisión del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S.; carga probatoria que se atenúa con la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S. del T., a favor del trabajador, a quien le bastará con probar la prestación personal del servicio para dar por sentada la existencia del contrato de trabajo, de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar tal presunción legal; criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes providencias. Bien. Para cumplir este cometido la parte actora cuenta con los diferentes medios de prueba consagrados en el estatuto procesal civil, que se aplica por remisión de la ley adjetiva laboral en lo no regulado por ella, tal como la confesión (espontánea y provocada); igualmente, puede hacerse uso de los hechos exentos de prueba (negaciones o afirmaciones indefinidas). (…) Conforme con lo anterior, en los convenios de naturaleza civil o comercial, el contratante puede ejercer vigilancia, supervisión y control, facultades, que sin duda resultan inescindible a la naturaleza misma de la contratación, pues no tiene sentido que quien contrata la realización de una obra o la prestación de un servicio no pueda tan siquiera vigilar la ejecución de lo contratado. Lo que no puede hacerse, sin la consecuencia de mutar la naturaleza de lo convenido, es romper la autonomía del contratista, imponiéndole las condiciones en las cuales se va a prestar el servicio, esto es, fijar el lugar donde deberá trabajar, el horario en que lo debe hacer, los elementos de trabajo con que deberá desplegar su labor, la cantidad de trabajo que debe ejecutar y demás aspectos consustanciales a la labor contratada. Es pues claro, que la subordinación derivada de un contrato de trabajo, es especial e implica una sujeción del trabajador al empleador en todas las condiciones de la ejecución del contrato, lo que se traduce en la imposibilidad de autonomía del trabajador, mientras que la sujeción que existe entre contratista y contratante en un contrato civil o comercial en ningún caso puede desvirtuar la independencia que tiene el primero.

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los catorce (14) días del mes de noviembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las dos y quince minutos de la tarde (02:15 p.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora respecto de la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Berardinelis Hinestroza Córdoba** en contra de **Activa S.A. y Pablo Emilio López Vergara ,** radicado al N° 66001-31-05-003-2015-00400-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Demandados y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

El señor Berardinelis Hinestroza Córdobasolicita que se declare que entre él como empleado y el señor Pablo Emilio López, en calidad de contratista independiente, existió un contrato laboral a término indefinido entre el 14/10/2013 y el 30/05/2014, cuyos servicios fueron en beneficio de Activa S.A.

Así mismo, que se declare que los demandados no le liquidaron las prestaciones sociales con todos los factores salariales devengados y no le cancelaron el trabajo suplementario, los aportes a la seguridad social, recargo nocturno, dotación y calzado de labor, vacaciones.

En consecuencia solicita que sean condenados en forma solidaria al pago de los conceptos adeudados y que la terminación del contrato fue ineficaz por no haber sido informado dentro de los 60 días siguientes, el estado de las cotizaciones al sistema de seguridad social; lo ultra y extra petita que resulte probado y las costas el proceso.

De manera subsidiaria pretende el pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.,

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) celebró un contrato verbal a término indefinido con el señor Pablo Emilio López, quien actuó como contratista independiente y verdadero empleador, para obras en beneficio de la sociedad Activa S.A.; (ii) que inició el 14/10/2013, como oficial de construcción en la obra “Parque Médico” en la ciudad de Manizales y cumplía un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., labor que desarrolló hasta el 30/05/2014 por finalización de la obra; (iii) el último salario que percibió fue de $1´200.000; (iv) durante la vigencia del contrato laboró dos domingos al mes, con un día compensatorio entre semana, es decir, 16 domingos con una jornada de 10 horas.

(v) al finalizar el contrato de trabajo ni con posterioridad, se le indicó el estado del pago de las cotizaciones a seguridad social; (vi) no le fue suministrado calzado y vestido de labor; (vii) no recibió el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, los dominicales laborados, las horas extras, ni la seguridad social, causados durante la vigencia del contrato.

Los demandados **Pablo Emilio López Vergara y Activa S.A.,** contestaron la demanda por intermedio de curadora ad-litem y aunque lo hizo en escritos separados, contienen similares manifestaciones.

En efecto, presentó oposición a la totalidad de las pretensiones de la demanda, expresó que no le constaban los hechos en que las mismas se fundaron; sin embargo, precisó que conforme a constancia de pagos de ASOPAGOS, el demandante estaba vinculado bajo la razón social “José Fernando Suarez Duque” para los meses de octubre y noviembre de 2013, fecha en la que se indica en la demanda inició la supuesta relación laboral con el señor Pablo Emilio López. Aclaró que según certificada de Cámara de Comercio, quien se indicó como representante legal de la sociedad demandada, no tiene esa calidad sino la de liquidador. Presentó las excepciones de “Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Presunción de buena fe” y la “Genérica”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, negó las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y se abstuvo de condenar en costas a la parte actora porque los demandados no realizaron alguna erogación por estar representados a través de curadora *ad-litem.*

Para arribar a la anterior decisión, expresó que todos los testigos indicaron que observaron al demandante todos los días prestando sus servicios en la obra “Parque Medico” en la ciudad de Manizales y que quien lo contrató fue el señor Pablo Emilio López Vergara, por lo que en virtud del artículo 24 del C.S.T., nacía a su favor la presunción de existencia del contrato de trabajo.

Sin embargo, con las declaraciones de los señores Justo German Ibarguen Asprilla y Fredy Olmedo Jaramillo Marín, se advirtió que el demandante actuó como un verdadero contratista, porque se le ofreció que realizara un revoque dentro de la obra que se estaba realizando y que de acuerdo al metraje que realizara se le cancelaba, para lo cual se sirvió de otras personas, funciones que todos los declarantes realizaron, de tal manera que el pago se distribuía para todos ellos.

También desdibuja el contrato de trabajo, el hecho que el demandante de manera voluntaria le haya puesto valor a sus actividades y que Pablo Emilio era el encargado de indicar la cantidad de trabajo que debía entregarse, de cancelarles por sus servicios, pero no daba órdenes; lo que permite concluir que en realidad lo que existió fue un contrato de obra civil.

Refirió que no pudo verificarse la duración del contrato, porque ninguno de los testigos estuvo hasta el momento en que el demandante culminó su trabajo y no se conoce la fecha en que en realidad inició a prestar sus servicios, conforme a los documentos que allegó la parte demandada a través de los cuales se evidencia que estaba vinculado con otra persona –*la que ninguno de los testigos refirió-*; de tal manera que de haberse corroborado la existencia del contrato de trabajo, sería imposible efectuar la liquidación de las prestaciones sociales.

A pesar de que los testigos hayan indicado que los llevó a trabajar en la obra el señor Pablo Emilio López, no se anexo contrato de obra que este haya suscrito con la sociedad codemandada, para determinar que esta pudiera ser beneficiaria de la obra y por ende, solidariamente responsable.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

La apoderada judicial de la parte actora, presentó recurso de apelación y argumentó que no existe contrato escrito que demuestre que entre su representado y el señor Pablo Emilio López Vergara, lo que existió fue un contrato de prestación de servicios, máxime cuando todos los testigos indicaron que hubo subordinación de su parte y la presencia de los demás elementos para que exista contrato de trabajo.

El demandado era el encargado de pagar la seguridad social y el hecho que se registre un tercero, es solo una artimaña del empleador.

Asegura que sí se probaron los extremos de la relación laboral; no obstante, debe darse aplicación a la sentencia radicada al N° 33849 de la CSJ – SCL, en la que se indica que si no se conoce como tal el inicio, debe tenerse como tal el último día del mes que aparezca evidenciado que el trabajador ha laborado.

Refiere que debe reconocerse la solidaridad de la sociedad demandada, en los términos del artículo 34 del C.S.T., porque era la beneficiaria de la obra y su objeto social es precisamente la construcción, por lo que no aplica la excepción de ese canon.

Por último, expresó que debe reconocerse la indemnización moratoria, porque no se evidenció la mínima excusa de las demandadas para omitir el pago de las prestaciones sociales.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos.**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes interrogantes:

1.1. ¿Existió un contrato de trabajo entre el señor Berardinelis Hinestroza Córdoba y el señor Pablo Emilio López Vergara en calidad de contratista independiente?

1.2. Si la respuesta al anterior interrogante fuere positiva, ¿Le asiste alguna responsabilidad a la sociedad Activa S.A., por esa contratación?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

Con el propósito de dar solución a los anteriores cuestionamientos, se considera necesario precisar lo siguiente:

**2.1. Elementos del contrato de trabajo y sus diferencias con el contrato civil de obra**

**2.1.1 Fundamento jurídico**

Los elementos esenciales que se requieren concurran para la configuración del contrato de trabajo, son: la actividad personal del trabajador, esto es, que este realice por sí mismo, de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (artículo 23 C.S. del T.).

Estos requisitos los debe acreditar el demandante, de conformidad con el Estatuto Procesal Civil, que se aplica por remisión del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S.; carga probatoria que se atenúa con la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S. del T., a favor del trabajador, a quien le bastará con probar la prestación personal del servicio para dar por sentada la existencia del contrato de trabajo, de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar tal presunción legal; criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes providencias[[1]](#footnote-1).

Bien. Para cumplir este cometido la parte actora cuenta con los diferentes medios de prueba consagrados en el estatuto procesal civil, que se aplica por remisión de la ley adjetiva laboral en lo no regulado por ella, tal como la confesión (espontánea y provocada); igualmente, puede hacerse uso de los hechos exentos de prueba (negaciones o afirmaciones indefinidas).

Por su parte, esa misma Corporación en sentencias del 8 de abril de 1954 y 18 de marzo de 1960, definió el contrato civil de obra, así:

*“En los contratos de obra se trata de una obligación de resultado y no de medio, es decir, que lo que el operario promete es una obra producida y no la energía directa de su trabajo, lo cual permite que el contrato pueda ejecutarse por personas distintas al mismo contratista; los riesgos en la ejecución del contrato corren por cuenta del operario; el operario debe realizar la obra con su propios medios, es decir, que debe poner los materiales y suministrar los elementos y maquinarias indispensables para la obra; y la dirección de la obra corresponde al operario, lo que implica su actuación independiente, no subordinada al dueño de la obra.*

*“El hecho de que en un contrato se diga que el contratista deberá ejecutar los trabajos de acuerdo con los pliegos de cargos, y de especificaciones suministradas por la otra parte, no constituye más que un sometimiento de orden estrictamente objetivo, que no puede confundirse con la subordinación personal, subjetiva, que caracteriza la relación laboral”*

Conforme con lo anterior, en los convenios de naturaleza civil o comercial, el contratante puede ejercer vigilancia, supervisión y control, facultades, que sin duda resultan inescindible a la naturaleza misma de la contratación, pues no tiene sentido que quien contrata la realización de una obra o la prestación de un servicio no pueda tan siquiera vigilar la ejecución de lo contratado.

Lo que no puede hacerse, sin la consecuencia de mutar la naturaleza de lo convenido, es romper la autonomía del contratista, imponiéndole las condiciones en las cuales se va a prestar el servicio, esto es, fijar el lugar donde deberá trabajar, el horario en que lo debe hacer, los elementos de trabajo con que deberá desplegar su labor, la cantidad de trabajo que debe ejecutar y demás aspectos consustanciales a la labor contratada.

Es pues claro, que la subordinación derivada de un contrato de trabajo, es especial e implica una sujeción del trabajador al empleador en todas las condiciones de la ejecución del contrato, lo que se traduce en la imposibilidad de autonomía del trabajador, mientras que la sujeción que existe entre contratista y contratante en un contrato civil o comercial en ningún caso puede desvirtuar la independencia que tiene el primero.

**2.1.2 Fundamento fáctico**

La prueba testimonial escuchada a petición de la parte actora[[2]](#footnote-2), indicó en términos generales que el señor Berardinelis Hinestroza Córdoba se desempeñó desde mediados del mes de octubre de 2013 y hasta el mes de mayo de 2014, como oficial de construcción en la obra del Centro o Parque médico, en la ciudad de Manizales, específicamente, encargado del revoque interno y de las fachadas, quien llegó a trabajar allá porque el señor Pablo Emilio López Vergara, lo contactó*,* que era el, quien junto a otras personas, le daba las órdenes relacionadas con lo que debía hacer.

De lo narrado por los testigos, queda demostrado que el señor Berardinelis Hinestroza Córdoba prestó sus servicios en referida obra, encargándose del revoque interno y externo de la construcción del “Parque Médico”, operando en principio la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T.; sin embargo, con esos mismos testimonios queda desvirtuada la existencia de una relación contractual de carácter laboral entre ellos, pues el cumplimiento de sus funciones estuvo revestido de total autonomía e independencia, como pasará a verse.

Es que, respecto de las órdenes e instrucciones, refirieron de manera global que eran dadas por el señor Pablo Emilio López Vergara o por el doctor Infante, quien era el representante legal de la sociedad codemandada, según se extrae del certificado de existencia y representación legal, visible a folio 20 del cd. 1, u otros dos maestros que había en la obra; de tal manera que omitieron expresar en que consistieron concretamente las mismas, salvo cuando uno de ellos dijo que “*hay que hacer esto o subir esto al otro piso”* o que debía terminarse determinado segmento para el otro día; es decir, que no se inmiscuyeron en la forma en que debía realizarse la labor.

Por su parte, los testigos Justo German Ibarguen Asprilla y Fredy Olmedo Jaramillo Marín, fueron claros en indicar que el valor que percibían todos los trabajadores oscilaba entre $700.000, $800.000 o $1´200.000, explicando el primero, que por metro hecho le cancelaban la suma de $8.000 y, el segundo, esos valores dependían del metraje que se hubiere hecho, por lo que el señor Pablo Emilio López y el aquí demandante se reunían para contabilizar los metrajes realizados, se generaba una suma global que después era repartida con todos los ayudantes; así mismo, que ellos eran los encargados de comprar algunos materiales e insumos y además, llevaban sus herramientas de trabajo.

Los anteriores elementos son indicativos de manera clara, que se trataba de un contrato civil de obra, pues desde ningún punto de vista, quienes desarrollan labores en virtud de un contrato de trabajo, se ven abocadas a conseguir sus elementos de trabajo y, mucho menos su remuneración queda condicionada al avance de sus actividades, lo que refleja la autonomía técnica con la que realizaban las mismas.

Aunado a lo anterior, todos los declarantes coincidieron en indicar que Pablo Emilio iba 1 o 2 veces a la semana porque tenía otras obras, de lo cual puede inferirse que no se ejercía un control o una supervisión constante y que cuando hacía presencia en la obra, lo hacía para supervisar sus avances, siendo ese el motivo para que eventualmente, ellos no salieran a las 5:00 p.m., sino 7:00, 8:00 o 12 de la noche, ante el requerimiento de la terminación de determinada obra o labor.

Por lo tanto, las visitas que periódicamente realizaba el señor Pablo Emilio López Vergara a la obra, no tenían objeto diferente a efectuar un seguimiento, supervisión, control y una coordinación sobre el trabajo desarrollado por el señor Hinestroza Córdoba y los demás ayudantes de construcción, pero de ninguna manera correspondían al poder subordinante, propio de las relaciones laborales, toda vez que atendiendo los lineamientos que sobre este aspecto ha expuesto la H. Sala de Casación Laboral y que se citaron atrás, no basta con que el demandado hubiese supervisado constantemente el avance de la obra, pues dicha actividad es propia también de los contratos de obra de carácter civil, con la única finalidad de determinar el cumplimiento y/o terminación de la obra contratada, más no de la forma en que deben ejercerse las funciones para alcanzar ese objetivo.

Así mismo, resulta relevante el hecho que no se realizará ningún tipo de control respecto al cumplimiento de un horario, pues se indicó que podían salir o ausentarse sin necesidad de pedir permiso o que si se retiraban de la jornada o llegaban tarde, no se les generaba alguna clase de inconveniente. Es más, no se llevaba ninguna clase de control respecto al cumplimiento de horario, pues el vigilante de la obra se limitaba a hacer un “chulito” en el nombre de la persona que asistía; aspectos que denotan la autonomía administrativa con la que se prestaba el servicio.

Todos estos aspectos le muestran a la Colegiatura que entre las partes aquí enfrentadas no existió ningún vínculo laboral, sino de carácter civil, de tal manera que no hay otro camino jurídico que absolver a la demandada, tal como atinadamente lo hizo la jueza de primer grado, razón por lo que confirmará su decisión en esta sede.

Al no acreditarse la existencia del contrato de trabajo deprecado en la demanda, la Sala de encuentra relevada de efectuar disquisiciones respecto a la procedencia de las condenas de carácter económico que en el mismo escrito se presentaron.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, la decisión revisada se confirmará, al compartirse los argumentos de la primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo del señor Berardinelis Hinestroza Córdoba y a favor de los demandados al no prosperar la alzada, conforme al numeral 1 del C.G.P.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Berardinelis Hinestroza Córdoba** en contra del señor **Pablo Emilio López Vergara** y la sociedad **Activa S.A.**, conforme a lo expuesto en precedencia.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las codemandadas, por lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

 (salva voto)

1. M.P. Gerardo Botero Zuluaga y Jorge Mauricio Burgos Ruiz, sentencia del 26-10-2016, rad. 46704.

Sentencias del 15-02-2011, Rad. 40273, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve; del 26-03-2007, Rad. 29418, M.P. Luis Javier Osorio López; del 01-03-2011, expediente No.40.932, MP.Gustavo José Gnneco Mendoza. [↑](#footnote-ref-1)
2. Señores Luis Carlos Sinistierra, Justo German Ibarguen Asprilla y Fredy Olmedo Jaramillo Marín, quienes también se desempeñaron como ayudantes de construcción en la misma obra en la que lo hizo el demandante. [↑](#footnote-ref-2)