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 la Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, Jueves 12 de abril de 2018*

***Radicación No****:**66001-31-05-005-2016-00086-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Juan Carlos Bedoya Grajales*

***Demandado:*** *Grupo Cardiesel S.A.S.*

***Juzgado de origen****: Quinto Laboral del Circuito de Pereira*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema: SUBORDINACIÓN. CONCEPTO. DIFERENCIAS CON EL SIMPLE CONCEPTO DE VIGILANCIA O SUPERVISIÓN.*** *El elemento central y diferenciador del contrato de trabajo con cualquier otro tipo de convenio es la subordinación que se presenta en aquel y que consiste, esencialmente, en el poder del patrono de fijarle a su trabajador las condiciones, el lugar, la cantidad y la calidad de trabajo, así como la correspondiente posibilidad de que imponerle sanciones, reglamentos y hacerle llamados de atención.*

*Tal elemento, es especialísimo y debe diferenciarse de la posibilidad que tiene cualquier persona que contrata los servicios de otro para vigilar, supervisar y exigir el cumplimiento del objeto contratado. No puede caerse en la levedad de que, cualquier requerimiento que efectúe el dueño de una obra determinada al contratista configure un convenio laboral, pues ello resulta desmedido y afectaría gravemente la posibilidad de los ciudadanos de contratar con terceros la realización de cualquier labor. Aunque tampoco puede irse al otro extremo, esto es, el de desconocer que la imposición de ordenes sistemáticas, la fijación de metas periódicas o la exigencia constante de realizar determinada tarea, no constituye el elemento subordinante, pues ello acarrearía la desprotección de los trabajadores y el desconocimiento de sus derechos laborales.*

*Tal subordinación puede desprenderse de varias circunstancias puntuales, por ejemplo, el deber sistemático que se le imponga al trabajador de rendir informes, acudir a reuniones, ejercer la representación del contratante, la fijación de metas medibles periódicamente y, en fin, todos aquellos aspectos que limiten real y materialmente la independencia o autonomía del contratista en la forma en que cumple el objeto contractual. Un ejemplo de ello, es cuando el contratante se encarga de indicarle al contratista la forma como se debe ejecutar el trabajo, el lugar donde se debe hacer, las metas periódicas que se deben cumplir, entre otros aspectos, que implican una sujeción para cumplir el objeto contractual.*

*(…)*

*Es que si bien el apelante, de manera juiciosa, desmontó uno a uno los elementos que estructuraron la decisión de la a-quo para colegir la existencia de una relación laboral, lo cierto es que se olvidó por completo de demostrar que los mismos, reunidos en su conjunto, no evidenciaban la existencia de subordinación. Es que si bien, como lo enunció el apelante, si solamente y de manera aislada, se presentara uno de los elementos enunciados, serían atendibles los abundantes argumentos expuestos, pero en este caso, confluyeron el seguimiento de instrucciones, con el deber de cumplir metas, el rendimiento de informes y demás puntos, que de manera conjunta sí dan a entender la existencia de subordinación y, por ende, la existencia de una relación laboral. Encuentra además, como apoyo esta conclusión, que la misma empresa, por medio de su representante legal, mediante el documento visible a folio 338, creará el cargo de Gerente General y en el designará al actor, acto que es anterior a la relación acá debatida, puntualmente del 15 de junio de 2010, lo que evidencia que el demandante venia laborando como empleado de la empresa y, con posterioridad, se mutó su relación a una de carácter civil, cumpliendo las mismas funciones, tal como lo indicaron los testigos de la parte actora y se ratifica en el contrato de prestación de servicios.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los doce (12) días del mes de abril de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (09:45 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por el portavoz judicial de la parte demandada contra la sentencia dictada el 17 de mayo de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Juan Carlos Bedoya Grajales*** contra el ***Grupo Cardiesel S.A.S.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que se pide la declaratoria de un contrato de trabajo entre las partes enfrentadas, el cual existió entre el 1º de agosto de 2011 y el 15 de febrero de 2013 y en consecuencia, pide que se condene a la sociedad demandada a reconocer y pagar la prima de servicios, cesantías e intereses y vacaciones por todo el periodo laborado. Igualmente pide que se imponga la sanción moratoria de que trata el canon 65 del CL y las cotizaciones en salud y pensiones.

Para así pedir, relata que fue contratado por la sociedad Inversiones Rendón Valencia y Cia S.C.S. el 01 de agosto de 2011, que tal relación terminó el 15 de febrero de 2013 por decisión del demandante, que la vinculación fue mediante un contrato de prestación de servicios, que la labor encomendada era la de asesor de presidencia con funciones de gerente general, que se establecieron una serie de funciones relacionadas con el tema de los procedimientos dentro de la empresa, organización, labores comerciales y similares, que en cumplimiento de tales funciones debía coordinar las distintas áreas de la empresa, acudir a reuniones gremiales, participar en reuniones de las entidades de control, desarrollar actividades comerciales, que tales labores se ejecutaban personalmente por el trabajador, que las mismas se cumplían en las sedes de la empresa, que la labor era de todos los días, que cumplía horario de trabajo de 8 de la mañana a 7 de la noche, que su jefe inmediato era el señor Cesar Augusto Rendón Gallego, que la remuneración devengada era de $5.000.000, que para el cumplimiento de sus labores recibía órdenes del señor Rendón Gallego, que no se le pagaron prestaciones sociales al actor y que la sociedad contratante, mediante acta del 23 de diciembre de 2014 se transformó y cambio su nombre a Grupo Cardiesel S.A.S.

Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la empresa demandada, la que allegó respuesta por medio de portavoz judicial en la que se pronunció respecto a los hechos de la demanda, aceptando la vinculación mediante un convenio de prestación de servicios, el no pago de prestaciones sociales y la transformación de la entidad, negando los restantes. Se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de contrato laboral”, “Buena fe”, “Prescripción” y “Prescripción especial de la indemnización moratoria”.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza a-quo encontró que la relación existente entre las partes era laboral, pues de conformidad con la prueba existente, tanto testimonial como documental, permiten colegir que el demandante estuvo sometido a la subordinación del propietario de la sociedad demandada, la cual encuentra demostrada en que el propietario disponía la forma como se ejecutaba la labor, que la misma se ejecutaba personalmente por aquel, en las instalaciones de Cardiesel, debiendo cumplir las metas propuestas, con documentación de la empresa y de manera exclusiva. Para así colegir, encontró que los testimonios escuchados a instancias de ambas partes dieron fe de la prestación personal del servicio y que tales tareas se ejecutaban cumpliendo las indicaciones del empleador. Los deponentes del extremo activo, dan cuenta además de que tales funciones se cumplieron en un horario de trabajo determinado y con una denominación de gerencia general, dentro del organigrama de la empresa.

Por todos estos aspectos, coligió la a-quo que la relación era de carácter laboral y, por tanto, entró a imponer las condenas pedidas, declarando previamente la excepción de prescripción. Condenó por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones.

Frente a la sanción moratoria, la impuso, atendiendo la forma como se dio el contrato y el evidente ánimo de la empresa demandada de desconocer la misma. La impuso por un día de salario por cada día de tardanza en los primeros 24 meses y a partir del mes 25, por los intereses moratorios correspondientes.

***III. APELACIÓN***

El portavoz judicial de la parte demandada, se mostró inconforme con la decisión, por lo que interpuso recurso de apelación. En la sustentación del mismo, enlista su ataque en tres frentes. El primero de ellos, procura la revocatoria total de la providencia, atendiendo que el elemento de subordinación no quedó evidenciado, puesto que los elementos de los cuales la a-quo los desprendió, han sido analizados por la jurisprudencia patria y no son suficientes para estructurar la subordinación. En efecto, encuentra que si bien está demostrada la prestación personal del servicio y los extremos de la relación, así como la remuneración, en realidad no está evidenciada la subordinación, pues esta implica la facultad de imponer horarios, reglamentos y ordenes, aspectos que no se pueden inferir de acudir a reuniones o dar informes, ni tampoco al cumplimiento de una meta, la realización personal del trabajo o la denominación del cargo. Cada uno de estos elementos, estima, se pueden dar también en los contratos comerciales o civiles, por lo que no se configura la relación laboral.

Frente a los testimonios, estima que las declaraciones rendidas a instancias de una y otra parte son contrarias, razón por la cual la decisión de la a-quo adolece de un error lógico, pues ella debió aceptar o avalar alguna de las dos posiciones.

Y de las dos, estima el apelante que las rendidas a instancias de su representado son contestes y claras, mientras que las rendidas por los deponentes de la parte actora, claramente son sesgadas, destacando especialmente la del señor Juan David Bravo, quien fue tachado y mintió en su hoja de vida mostrando su ánimo mendaz.

El segundo de los puntos, por el cual se encauza el recurso, tiene que ver con la revocatoria de la indemnización moratoria, pues existió buena fe por parte de la empresa, que siempre actuó bajo el convencimiento de estar en un contrato de prestación de servicios, lo que no se desvirtúa por el solo hecho de que se declare judicialmente que el vínculo era laboral.

Finalmente, en caso no prosperar el anterior argumento, pide que se aplique la indemnización de conformidad con el texto de la norma y atendiendo que la demanda se incoó por fuera de los 24 meses después de finiquitado el vínculo laboral, por lo que lo que proceden son intereses moratorios.

***IV. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***V. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Para resolver el recurso de apelación, corresponde a la Sala abordar los siguientes interrogantes:

¿Conforme a la prueba obrante en el proceso, la relación de trabajo existente entre el señor Bedoya Grajales y el Grupo Cardiesel S.A.S. estuvo regida por el derecho laboral o por el derecho civil?

En subsidio de la anterior pregunta, se plantea la siguiente:

¿Hubo buena fe por parte de la empresa demandada al no pagar la liquidación final de prestaciones sociales?

Y en caso de no obtenerse la respuesta querida por la parte demandante con el recurso, se analizará, finalmente, la siguiente cuestión:

¿Estuvo bien impuesta la sanción moratoria por parte de la a-quo, atendiendo la calenda del reclamo judicial?

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

**Valoración probatoria. Existencia de subordinación**

El elemento central y diferenciador del contrato de trabajo con cualquier otro tipo de convenio es la subordinación que se presenta en aquel y que consiste, esencialmente, en el poder del patrono de fijarle a su trabajador las condiciones, el lugar, la cantidad y la calidad de trabajo, así como la correspondiente posibilidad de que imponerle sanciones, reglamentos y hacerle llamados de atención.

Tal elemento, es especialísimo y debe diferenciarse de la posibilidad que tiene cualquier persona que contrata los servicios de otro para vigilar, supervisar y exigir el cumplimiento del objeto contratado. No puede caerse en la levedad de que, cualquier requerimiento que efectúe el dueño de una obra determinada al contratista configure un convenio laboral, pues ello resulta desmedido y afectaría gravemente la posibilidad de los ciudadanos de contratar con terceros la realización de cualquier labor. Aunque tampoco puede irse al otro extremo, esto es, el de desconocer que la imposición de ordenes sistemáticas, la fijación de metas periódicas o la exigencia constante de realizar determinada tarea, no constituye el elemento subordinante, pues ello acarrearía la desprotección de los trabajadores y el desconocimiento de sus derechos laborales.

Tal subordinación puede desprenderse de varias circunstancias puntuales, por ejemplo, el deber sistemático que se le imponga al trabajador de rendir informes, acudir a reuniones, ejercer la representación del contratante, la fijación de metas medibles periódicamente y, en fin, todos aquellos aspectos que limiten real y materialmente la independencia o autonomía del contratista en la forma en que cumple el objeto contractual. Un ejemplo de ello, es cuando el contratante se encarga de indicarle al contratista la forma como se debe ejecutar el trabajo, el lugar donde se debe hacer, las metas periódicas que se deben cumplir, entre otros aspectos, que implican una sujeción para cumplir el objeto contractual.

Dígase que en el curso de un proceso judicial, en el que se busca determinar la existencia de una relación laboral en aplicación del principio de la primacía de la realidad, atendiendo la presunción del canon 24 del CL, demostrada la prestación personal de un servicio en beneficio de determinada persona, es a ésta a quien le incumbe la demostración de que no hubo subordinación.

Partiendo de esos puntuales aspectos, debe decir la Sala que en el caso puntual está fuera de debate el hecho de que el señor Bedoya Grajales prestó sus servicios personales a favor de la sociedad demandada, entre el 01 de agosto de 2011 y el 15 de febrero de 2013. Por tanto, le incumbía a la empresa demandada evidenciar que tal labor fue independiente, que no había sujeción y que se presentaba apenas el simple ejercicio del derecho de supervisión o control por parte del contratante.

Existen en el infolio, copia del contrato de prestación de servicios -fls. 19 y ss.- en el que se señala que el objeto del contrato es el de que el demandante prestare servicios como asesor de presidencia con funciones de Gerencia General, fijándole a continuación un listado de actividades específicas que debía cumplir. Entre ellas, se observan funciones claramente de carácter comercial, como la gestión de convenios, acuerdos o negociaciones con entidades transportadoras, pero además se observa la asignación de tareas de tipo administrativo, como la de proponer las mejoras y ajustes parta la optimización de los procesos al interior de la organización o velar por el cumplimiento de políticas de la organización. En virtud de tales funciones, señalados por las mismas partes contratantes, es posible colegir que la labor del demandante no fue solamente a nivel comercial, como lo sostiene la entidad demandada, sino que también ejecutaba labores internas en pos del normal desarrollo de las funciones de la empresa, procurando por la optimización del servicio prestado, cumpliendo políticas de calidad y demás, lineamientos todos que, conforme a la prueba testimonial practicada en la audiencia, se hacían plegados a la voluntad dispositiva del propietario de la empresa César Augusto Rendón Gallego, quien en las reuniones periódicas impartía tales instrucciones. Tanto el mismo Rendón Gallego, como Juan Diego Serna Bravo, Roberto Alonso González Arbeláez y José Eider Correa Cruz, dan cuenta de la existencia de tales reuniones y especialmente de su contenido, en el cual destacaron todos al unísono, que César Augusto Rendón Gallego impartía las directrices para el cumplimiento del objeto de la sociedad.

Tal circunstancia, en el sentir de esta Sala, evidencia una clara limitación a la autonomía del señor Bedoya Grajales, pues actuaba no conforme a lo que considerara mejor para cumplir el objeto contractual, sino atendiendo de manera clara y contundente las órdenes que Rendón Gallego emitía.

Pero además de tal aspecto, se tiene que los mismos deponentes, dan fe de la exigencia de metas por parte de aquel y el deber de rendir informes periódicos por parte del actor, así como la gestión de éste frente a terceros, de asuntos propios del funcionamiento de la empresa, esto es, la consecución de permisos y trámites ante las autoridades y agremiaciones correspondientes, aspectos todos que para esta Sala ratifican la decisión de la a-quo.

Es que si bien el apelante, de manera juiciosa, desmontó uno a uno los elementos que estructuraron la decisión de la a-quo para colegir la existencia de una relación laboral, lo cierto es que se olvidó por completo de demostrar que los mismos, reunidos en su conjunto, no evidenciaban la existencia de subordinación. Es que si bien, como lo enunció el apelante, si solamente y de manera aislada, se presentara uno de los elementos enunciados, serían atendibles los abundantes argumentos expuestos, pero en este caso, confluyeron el seguimiento de instrucciones, con el deber de cumplir metas, el rendimiento de informes y demás puntos, que de manera conjunta sí dan a entender la existencia de subordinación y, por ende, la existencia de una relación laboral. Encuentra además, como apoyo esta conclusión, que la misma empresa, por medio de su representante legal, mediante el documento visible a folio 338, creará el cargo de Gerente General y en el designará al actor, acto que es anterior a la relación acá debatida, puntualmente del 15 de junio de 2010, lo que evidencia que el demandante venia laborando como empleado de la empresa y, con posterioridad, se mutó su relación a una de carácter civil, cumpliendo las mismas funciones, tal como lo indicaron los testigos de la parte actora y se ratifica en el contrato de prestación de servicios.

Tal conclusión no varía con el defecto que advierte el recurrente, en torno a la existencia de dos líneas propuestas por los testigos, puesto que claramente la Jueza a-quo valoró la prueba de manera integral y de allí tomó partido por la posición de la parte actora, perdiendo fuerza el argumento del error lógico propuesto. Y es que si bien en la tarea judicial corresponde al operador jurídico tomar partido por una de las hipótesis que plantean los litigantes, lo cierto es que en dicha tarea no puede dejar de lado argumentos y pruebas que propone la parte vencida, pudiendo afincar parcialmente su posición en ellos. En este caso, la Jueza claramente aludió a que los testimonios del extremo pasivo de la demanda dieron validez a algunos de los aspectos relatados por el grupo de declarantes de la parte actora, por lo que claramente no es que haya aplicado ambas hipótesis indistintamente, sino que en su labor, encontró que su decisión se apoyaba también en las pruebas de la parte perdedora del litigio, conclusión que es acertada por demás, pues como se dijo por esta Corporación, de tales ponencias se extractan también aspectos relevantes para resolver el juicio.

Así las cosas, con apoyo en el material probatorio obrante, puntualmente los testimonios y la documental mencionada, no puede llegarse a conclusión diferente a la planteada por la a-quo, por lo que se avalará.

**Buena fe. Sanción moratoria.**

El artículo 65 del Código Laboral establece el deber del empleador de pagar, al finalizar el contrato de trabajo, la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, penando el incumplimiento del mismo con una sanción, equivalente a un día de salario por cada día de tardanza. Sin embargo, se ha decantado ampliamente por la jurisprudencia patria, que tal sanción no puede imponerse de manera automática con la simple ocurrencia de la mora en el pago, sino que es deber del operador jurídico analizar si el empleador actuó de buena o mala fe.

Tal análisis, no solo se circunscribe al momento de la culminación del contrato, sino que se puede apoyar también en el desarrollo del mismo. Por ejemplo, en casos como el presente, en el que se persigue la declaratoria del convenio en aplicación del principio de la primacía de la realidad, el solo hecho de declararse como laboral la relación, no implica la mala fe, sino que se debe verificar, si el empleador declarado tuvo el erróneo convencimiento de estar plegado a la ley o, antes bien, utilizó una figura diferente a la de un contrato de trabajo, para eludir sus responsabilidades.

En el caso presente, se tiene que la empresa demandada alega la buena fe en su actuar, pues estimó siempre estar bajo la égida de una relación civil o comercial. La a-quo, por su parte, estimó que la empresa usó tal figura, con fines evasivos.

Pues bien, analizando la situación puntual, encuentra la Sala que el raciocinio de la falladora de primera grado es acertado, amén que la empresa si quiso utilizar la figura del contrato de prestación de servicios con fines distorsionados a los que sustentan a la misma, máxime cuando el actor antes de estar vinculado bajo dicha modalidad, fue designado como gerente en la misma empresa, con vinculación laboral y ejerciendo iguales funciones a las que se le asignaron en el contrato de prestación de servicios, tal como lo dijeron los deponentes Serna Bravo y González Arbeláez.

Por lo tanto, este actuar no está gobernado por la buena fe, antes bien, se observa desdeñoso de los derechos laborales y de seguridad social de la empresa, por lo que en este caso es imponible la sanción contenida en el artículo 65 del CL, tal como lo decidió la a-quo.

**Imposición de la sanción moratoria. Límite temporal.**

Con la modificación incorporada por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, el artículo 65 del CL quedo con una limitación temporal para la imposición de la sanción moratoria, para aquellos salarios superiores al mínimo legal. Tal limitación es la de 24 meses, en los cuales corre un día de salario por cada día de tardanza y, a partir del mes 25 y hasta que se pague la obligación, correaran intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

No obstante, la intelección que la jurisprudencia patria le ha dado a dicha norma y a la cual se ha adherido esta Sala, es que, la mora corre en las condiciones antes descritas siempre que el reclamo judicial se haga en los 24 meses siguientes a la culminación del contrato de trabajo y, solamente correrán réditos moratorios desde el día siguiente a la terminación del contrato, cuando la demanda se inicie con posterioridad a dicho término. (Sobre el tema, pueden consultarse entre otras, sentencia SL 10632 de 2014).

En el caso puntual, se duele el apelante de que la demanda se inició el 15 de febrero de 2016 y la relación culminó el 15 de febrero de 2013, por lo que la sanción debió ser de intereses moratorios y no de un día de salario por cada día de tardanza, como lo fijo la a-quo. Evidente, para esta Sala resulta que razón le asiste en este punto al apelante, pues fuera de debate se encuentra que la relación laboral entre las partes acá enfrentadas culminó el 15 de febrero de 2013 y la demanda únicamente se radicó el 15 de febrero de 2016, como se observa en el acta de reparto visible a folio 24 del expediente, esto es, tres años después. Por lo tanto, es evidente para esta Colegiatura, que se equivocó la juzgadora de primera instancia en este aparte, razón por la cual se modificará la sentencia, en su ordinal cuarto, en el sentido de que la condena corresponde a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del 16 de febrero de 2013 y hasta que se verifique su pago.

En estos términos, quedan desatados los interrogantes planteados.

Sin costas en esta sede ante la prosperidad, apenas parcial, del recurso de apelación.

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

***FALLA***

***1. Modificar el ordinal cuarto*** dela sentencia proferidael 17 de mayo de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de que la condena corresponde a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del 16 de febrero de 2013 y hasta que se verifique su pago.

**2. Confirmar** la sentencia en todo lo demás.

***3.*** *Sin costas.*

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERON OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA**

 Magistrada Magistrada

 **ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

 Secretario