

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

PROCESO: *Ordinario Laboral*
DEMANDANTE: *EDWARD MOSQUERA ARANGO*
DEMANDADO: *PERAZZA S.A.S*
RADICACIÓN: *76001-31-05-011-2017-00540-01*
ASUNTO: *Apelación sentencia # 94 de marzo 3 de 2020*
ORIGEN: *Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Declaratoria de contrato de trabajo y pago de prestaciones sociales.*
DECISIÓN: *Confirma*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA Y MARIA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo primero, la nulidad solicitada por la apoderada de la demandada del auto de fecha 09 de marzo del 2023, a través del cual se avocó conocimiento, admitió recurso de apelación y corrió traslado para alegar, y segundo el recurso de apelación interpuesto por la mismo extremo de la litis frente a la sentencia del 03 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **EDWARD MOSQUERA ARANGO** contra **PERAZZA S.A.S.** con radicado No. **76001-31-05-011-2017-00540-01.**

AUTO INTERLOCUTORIO 018

Se recibió el proceso en virtud de lo dispuesto por el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca mediante el Acuerdo No. CSJVAA23-18 del 1º de febrero de 2023, razón por la cual se procedió a avocar el conocimiento del presente asunto. Conforme el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, se admitió el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de primera

instancia y se dispuso correr traslado para alegatos de segunda instancia a los extremos procesales por el término de cinco (5) días, iniciando con la parte recurrente.

ANTECEDENTES

La apoderada de la demandada PERAZZA S.AS, en cumplimiento de las disposiciones del Decreto 806 de 2020, vía correo electrónico del 14 de abril del 2023, presentó incidente de nulidad con fundamento en el numeral 8 del artículo 133 del CGP.

Sustenta que el auto a través del cual se admitió el recurso de apelación en fecha 09 de marzo del 2023, notificado mediante estado del 13 de marzo de la misma anualidad, y a través del cual se corre traslado para alegar, le fue informado por la secretaría de esta Sala que el mismo se publicaba en los estado y providencias del Honorable Magistrado Fabio Hernán Bastidas Villota y no del Despacho 13 Sala Laboral, Honorable Magistrada María Isabel Arango Secker, sin garantizar el artículo 2 de la ley 2213 del 2022.

Solicita la incidentante se publique y se corra nuevamente el traslado a la parte recurrente del recurso de apelación impetrado, garantizando así su derecho a un debido proceso conforme al artículo 29 de la Constitución Política y en concordancia ejercer una debida defensa.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El artículo 133 de CGP especifica cuales son las causales generales de nulidad entre estas la alegada por la apoderada de la demandada, establecida en el numeral 8, la cual es del siguiente tenor:

“Cuando no se práctica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado”.

De otro lado, el artículo 135 ibidem inciso final dispone:

“El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación”.

Verificada la providencia a que hace referencia la apoderada de la demandada se percata esta Sala que la misma no encuadra en la causal bajo estudio del artículo 133 del CGP numeral 8, como quiera que la providencia que admitió el recurso de alzada y así mismo dispuso correr traslado para alegar no es de las ahí taxativamente contempladas, pues no se trata del auto admisorio de la demanda, o de emplazamiento. Del mismo modo, no se trata de auto que debía notificarse al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado, razones suficientes para tener como rechazado de plano la solicitud de nulidad presentada por la apoderada de la demandada en virtud del artículo 135 del CGP.

Es de anotar además, que el auto de 09 de marzo de 2023 a través del cual se avocó el conocimiento, se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegar, fue notificado por estado en debida forma tal como lo reconoce la incidentante cuando dice que estos fueron notificados en los estados publicados por el Despacho 13 Sala Laboral y así se constata con la fijación de ellos en el micrositio de ese Estrado Judicial en la página de la rama judicial, siendo esta Magistrada la actual ponente de este proceso en virtud de la remisión ordenada por el Acuerdo No. CSJVAA23-18 del 1º de febrero de 2023.

En el mismo sentido, el auto que remitió el proceso por el Despacho 12 Sala Laboral, Honorable Magistrado Fabio Hernán Bastidas Villota fue también notificado en estado de 23 de febrero de 2023 por lo que desde dicha calenda le fue puesto en conocimiento a las partes sobre dicha remisión, auto que fue notificado en los estados del Despacho de origen, por lo que no puede pretender la apoderada de la demandada subsanar su descuido en revisar las respectivos publicaciones aduciendo que se le dejó de notificar dicha providencia, siendo que si se hizo.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI,**

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR de plano la solicitud de nulidad presentada por la apoderada de la demandada del auto de 09 de marzo de 2023 notificado en estado de 13 del mismo mes y año, en virtud del artículo 135 del CGP.

SENTENCIA No. 057

Resuelto lo anterior, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra el fallo de primera instancia.

DEMANDA¹. Pretende el actor la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre PERAZZA S.A.S. y el, desde el 01 de julio de 2016 al 31 de diciembre de 2016; como consecuencia se condene a la demandada al reconocimiento y pago de \$2.200.000 como indemnización por despido injusto, los aportes a la seguridad social, cesantías y sus intereses, primas de servicios, vacaciones, la sanción moratoria del artículo 65 de CST, las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el día 01 de julio de 2016 suscribió contrato de prestación de servicios; para ejercer labores de Residente Técnico, ejecutando las actividades de manejo de herramientas; en un horario de 7 am a 5 pm de lunes a sábado; que la durabilidad del contrato se pactó inicialmente hasta el 30 de noviembre de 2016, pero que luego se celebró un contrato de las mismas características entre el 01 de diciembre de 2016 y el 31 de diciembre de 2016; con un salario de \$2.200.000, pagadero quincenalmente; relata que el 20 de octubre de 2016 recibió un llamado de atención por escrito indicándosele que no se encontraba en la obra en varias ocasiones y recordándole que su horario de trabajo es de 7:30 am a 5:00 pm y que deberá firmar una planilla de ingreso y asistencia a la obra; que el día 29 de diciembre de 2016 por medio de comunicado escrito se le dio por terminado unilateralmente la relación laboral; sin que la demandada le haya cancelado sus prestaciones sociales e indemnización; que citó al

¹ Fls. 3-14

empleador a la Oficina del Ministerio del Trabajo a efectos de que le fuera reconocido lo solicitado en esta demanda y éste no compareció según constancia No. 0050 de 8 de agosto de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PERAZZA S.A.S² Se opuso a las pretensiones de la demanda y negó toda relación laboral con el demandante, aduciendo que lo que existió fue un contrato de prestación de servicios, suscrito el 23 de junio de 2016 entre el demandante y el CONSORCIO SV-PERAZZA-FNT-096, para la ejecución de las actividades de residente técnico de obra civil, actividades que debía desarrollar en el centro de eventos Valle del Pacífico de Yumbo Valle, entre el 01 de julio de 2016 y el 30 de noviembre de 2016. Adiciona que las actividades a realizar por el actor fueron contratadas por el consorcio SV PERAZZA FNT-096 en virtud del contrato de obra FNT - 064-2016 suscrito entre el CONSORCIO y el FONDO NACIONAL DEL TURISMO FONTUR.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en Sentencia de 03 de marzo de 2020, resolvió:

“PRIMERO: Declarar que entre el señor EDWARD MOSQUERA ARANGO y PERAZZA S.A.S como integrante del consorcio SV PERAZZA FNT 096 existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2016 y el 29 de diciembre de 2016, el cual fue terminado de forma unilateral por el empleador.

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada PERAZZA S.A.S a reconocer y pagar al demandante EDWARD MOSQUERA ARANGO, las siguientes sumas de dinero:

- a) Cesantías: \$1.093.889*
- b) Intereses a las cesantías: \$65.269*
- c) Prima de servicios: \$1.093.889*
- d) Vacaciones: \$546.944*
- e) Indemnización por despido injusto \$146.667*
- f) \$52.800.000 por la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 CST, causada entre el 30 de diciembre de 2016 al 30 de diciembre de 2018. A partir del 01 de enero de 2019 la demandada deberá pagar los intereses moratorios fijados a la tasa máxima legal para créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta que se realice el pago de las prestaciones sociales adeudadas al demandante.*
- g) APORTES A PENSIÓN con destino al fondo administrador de pensiones al cual se encuentre afiliado el demandante, correspondiente a la diferencia existente entre la cotización pagada por el demandante y un IBC por valor*

² Fls. 117-130 Demanda digital Best Doc

de \$2.200.000, pago que se deberá hacer por el periodo correspondiente al 01 de julio de 2016, incluido los intereses de mora que liquide la entidad de seguridad social

TERCERO: La sociedad PERRAZZA S.A.S podrá repetir contra la otra sociedad que conformaba el consorcio SV PERAZZA FNT 096

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada. Por secretaria inclúyase en la liquidación de costas como agencias en derecho el equivalente al 3% de los valores en condena.

El a quo concluyó que se encontraba demostrada desde la demanda la prestación del servicio por parte del demandante sin que la accionada cumpliera con la carga probatoria a su cargo de desvirtuar que esa prestación del servicio no estuvo precedida por un contrato de trabajo, encontrando por tanto probada la existencia de un contrato de trabajo entre los litigantes desde el 01 de julio al 29 de diciembre de 2016, cuya terminación se dio sin una justa causa, considerando que el tipo de contrato suscrito fue a término fijo, con fundamento en el contrato de prestación de servicios en el que se determinó como fecha final el 29 de noviembre de 2016, habiéndose éste terminado el mismo día sin ninguna justificación para ello. Para la aplicación de la imposición de la sanción moratoria del artículo 65 del CST consideró que esta operaba por la forma como se había desarrollado el vínculo en la realidad, pues el contrato de prestación de servicios se utilizó fue para disfrazar la verdadera relación laboral que existió entre las partes.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

LA PARTE DEMANDADA interpuso recurso de apelación por las siguientes inconformidades; refuta violación del debido proceso por indebida valoración de las pruebas al no haberse probado que el demandante tuviera una asistencia y un horario laboral diferente al cumplimiento de sus obligaciones laborales; y se duele de que el juez indicó que el salario es \$2.200.000 mensuales siendo que no se puede tomar como IBC el mismo salario por el cual estaba contratado el demandante, dado que el IBC es el 40 o 60% del salario devengado, en ese sentido los aportes a seguridad social son sobre el salario en caso tal que se determinara un contrato de trabajo; que según la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral indica claramente que las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente y productivo de la actividad encomendada no significa ni una subordinación ni un horario, que

tampoco se logró probar que el señor Buragria, quien fue el que le hizo el llamado de atención, tenía la condición de representante legal de la sociedad PERAZZA S.A.S, por lo cual si cualquier persona le hacía un llamado de atención al demandante dentro de la obra por el cumplimiento de sus obligaciones no se puede concluir que la empresa PERAZZA S.A.S ejercía un poder subordinante sobre el actor. Agrega que, claramente quedó en el plenario que la señora Julieta Rojas, Directora Administrativa, con calidad de representante le dijo al demandante “usted no tiene que pedir permiso, usted tiene es un contrato de prestación de servicios y puede venir o no venir cuando quiera”. Aduce que en ningún momento se le descontó al actor por la asistencia o no asistencia por el incumplimiento de sus obligaciones laborales. Que tampoco se reputa mala fe por la demandada, dado que no se suscribió un contrato laboral, pues la demandada de buena fe, contrató al demandante, cumpliendo fielmente con el pago de los honorarios, que por el contrario quien obró de mala fe, fue el demandante al solicitar un salario de \$2.200.000 cuando el reportaba para su seguridad social como si ganara un salario mínimo, por lo que le surge un interrogante sobre cuál de estas probanzas atenerse, considerando que si se va a tomar el contrato de prestación de servicios que se tome de manera integral. Solicita se tome en cuenta el sector sobre el cual se estaba trabajando, pues es plenamente conocido por las partes y testigos cómo es el cumplimiento de las labores. Que no se demostró por el actor que no tuviera independencia ni autonomía y mucho menos que recibía dirección, sino que era el quien determinaba qué hacer.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, las cuales guardaron silencio.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...las materias

objeto del recurso de apelación...” de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados, se centra este juez colegiado a resolver: i) si erró el sentenciador de primera instancia en el análisis de las pruebas al concluir de ellas, la existencia de un contrato de trabajo entre los contendientes que no se acredita, el establecer como salario la suma de \$2.200.000 y la imposición de la sanción moratoria.

CONSIDERACIONES

La controversia suscitada en el actual litigio gravita sobre la presunta existencia de un vínculo de carácter laboral que unió a las partes, pues mientras el demandante arguye que le prestó servicios a la demandada bajo la modalidad de un contrato de trabajo que tuvo vigencia del 01 de julio al 31 de diciembre de 2016, este último niega toda relación de carácter laboral, alegando que la que existió estuvo precedida por un contrato de prestación de servicios suscrito el 23 de junio de 2016 entre el demandante y el CONSORCIO SV-PERAZZA-FNT-096, para la ejecución de las actividades de residente técnico de obra civil, actividades que debía desarrollar en el centro de eventos Valle del Pacífico de Yumbo Valle, entre el 01 de julio y el 30 de noviembre de 2016; actividades contratadas por el consorcio SV PERAZZA FNT-096 en virtud del contrato de obra FNT -064-2016 suscrito entre el CONSORCIO y el FONDO NACIONAL DEL TURISMO FONTUR.

En ese sentido, conviene recordar que al tenor de lo establecido en el artículo 23 CST, para predicar la existencia de un contrato de trabajo, deben confluir los tres elementos que le son esenciales: i) La prestación efectiva del servicio, ii) la continuada subordinación y dependencia, y iii) un salario como contraprestación. Sin embargo, en relación con el segundo de los elementos referidos, esto es la subordinación, que es el elemento que distingue el contrato de trabajo de otros de tipo civil o comercial, el artículo 24 del mismo estatuto consagra que una vez el trabajador demuestre que prestó personalmente el servicio en favor de quien señala como empleador, pasa a presumirse que dicha prestación está gobernada por un contrato laboral, es decir, una primera carga

probatoria de quien persigue la declaratoria de un contrato de trabajo es demostrar que prestó un servicio personal en favor de otro.

Como bien lo indicó el juez de primera instancia en la presente litis viene aceptado con la contestación de la demanda la prestación personal del servicio por parte del actor con el consorcio SV PERAZZA FNT 096.

Sea dicho también que, desde el estudio de la excepción previa propuesta por la entidad demandada quedó plenamente demostrado que la sociedad demandada PERAZZA S.A.S es una de las empresas que integra el consorcio SV PERAZZA FNT 096 y que en ese sentido el actor estaba plenamente facultado para demandar a esta empresa si lo quería con fundamento en que los consorcios no tienen personería jurídica y que quienes están llamados a responder por las obligaciones son los socios que conforman el consorcio, decisión que no fue objeto de recurso contra el auto que negó la descrita excepción, como tampoco fue motivo de reparo en la alzada que hoy nos convoca.

De tal suerte, que demostrado el primer elemento del contrato de trabajo y que es el aspecto principal que le corresponde demostrar a la parte demandante, tal como también lo razonó el a quo, se activa la presunción establecida en el artículo 24 del CST, de que dicha prestación personal del servicio estuvo regida por un contrato de trabajo, luego es carga de la prueba de la enjuiciada aportar los elementos de juicio a efectos de derrumbar dicha presunción legal.

En este punto, se duele la recurrente que el sentenciador de primer nivel vulnera el debido proceso de la demandada al no haber realizado una debida valoración de las pruebas, por lo que procede esta sede de segunda instancia a constatar a quién le asiste razón.

Son pruebas allegadas con la demanda las siguientes documentales:

- Contrato de prestación de servicios suscrito entre el señor EDWARD MOSQUERA y SV PERAZZA FNT 096 de fecha de iniciación de labores julio 01 de 2016. (fl 15-19).

- Contrato de prestación de servicios suscrito entre las mismas partes de fecha de iniciación de labores diciembre 01 de 2016. (fl 15-19).
- Cuentas de cobro dirigidas a la empresa consorcio SV PERAZZA FNT 096 (fl 25-26)
- Carta de fecha octubre 20 de 2016, a través de la cual se le informa al actor un llamado de atención por no encontrarse en repetidas ocasiones en la obra; recordándosele además el horario dentro del cual se deben cumplir sus obligaciones (de 7:30 am a 5:00 pm).
- Documento rotulado *SOLUCIONES ACÚSTICAS SAK S.AS. GESTIÓN TALENTO HUMANO ASISTENCIA DIARIA PERSONAL CENTRO DE NEGOCIO VALLE DEL PACÍFICO*, en el que se relacionan entradas y egresos de personal. (fl 30-52).
- Carta de 29 de diciembre de 2016 dirigida al actor y en la que se le comunica la decisión del CONSORCIO SV PERAZZA FNT 096 de no continuar con sus servicios a partir de esa fecha. (Fl 53)
- Planilla de pagos a aportes a la seguridad social donde se lee: datos del aportante CONSORCIO SV PERAZZA y datos del afiliado al señor EDWARD MOSQUERA. (fl 54-60).

Por su parte la demandada con su contestación de la demanda acompañó en los folios 110 a 407 diferentes pruebas relacionadas con la afiliación del demandante al sistema de seguridad social de Positiva, Comfenalco y Coomeva EPS como trabajador independiente, facturas de ventas de productos de construcción donde se relaciona como cliente al Consorcio SV PERAZZA FNT 096, cuentas de cobro a dicho consorcio por parte del demandante, constancia de transferencia de fondos de Bancolombia, pagos de aportes a la seguridad social, autorizaciones de descuento por parte del actor dirigido al Consorcio en referencia, recibos de caja menor donde se lee como responsable al señor EDWARD MOSQUERA, detalle de pago nómina y proveedores en los que se relación al demandante, pantallazos de correo electrónico enviados por el demandante a *julietarock@perazza4.com* donde se relaciona como asunto: informe de obra, de fechas diciembre a julio de 2016 y los documento rotulado *SOLUCIONES ACÚSTICAS SAK S.AS. GESTIÓN TALENTO HUMANO ASISTENCIA DIARIA PERSONAL CENTRO DE*

NEGOCIO VALLE DEL PACÍFICO, en el que se relacionan entradas y egresos de personal a dicho complejo.

Se trajo al proceso como prueba testimonial por parte demandada la declaración de la señora Julieth Cock (**Min 1:12:39- 1:34:26**), la cual manifestó conocer al demandante de vista, cuando este realizaba labores de contratista en el Centro de Eventos Valle del Pacífico. Indicó que fue ella la que contrató al demandante por contrato de prestación de servicios, pues ella estuvo vinculada con PERAZZA S.A hasta el 31 de diciembre de 2017 y llevaba la parte administrativa del CONSORCIO SV PERAZZA FNT 096.

Informó que el demandante dentro de sus funciones tenía que enviar informes de la obra, no diariamente, pero sí constantemente a ella. Cuando fue interrogada por el juez de si fue testigo presencial de las funciones que realizaba el actor dijo que no.

Manifestó que la asistencia del demandante era conforme a las necesidades de la obra, que el actor no pedía permisos que sola avisaba, que nunca se le hizo descuentos por inasistencia en sus cuentas de cobro, que nunca se le hicieron llamados de atención por PERAZZA, así mismo que ningún empleado de PERAZZA S.A le daba órdenes, que dentro de sus funciones del contrato de trabajo solo se le dan instrucciones básicas de qué se tenía que llevar a cabo, que estos informes eran inherentes a la labor de contratista que el realizaba.

Al ser indagada del llamado de atención que recibió el contratista dijo que este había sido resultado del desespero de Sebastián Buraglia, *“pues si bien es cierto Sebastián iba tres días en la semana, el esperaba tener sus comités, tener trabajo adelantado, es decir que para que Sebastián pudiera hacer los cortes generales, no solamente era la parte civil o eléctrica sino hacer todo el consolidado, él dependía mucho de las funciones de Edward y entonces este no había llegado, no había hecho memoria, no había hecho cortes, entonces llegaba Sebastián a correr con la interventoría para poner eso al día, hubo muchos inconvenientes y el llamado de atención de Sebastián fue un acto desesperado de este que en su momento me dijo me tocó llamarle la atención y yo le dije eso era hablar*

con él y él dijo en su momento que se había equivocado porque sus labores dependían de la eficacia que tuviera Edward en obra y además que ese llamado de atención no tenía validez alguna ni el status ni el poder de hacer un llamado de atención”.

Analizado el caudal probatorio, observa esta sala que el mismo no está revestido de la contundencia que se le exige a la parte demandada para desvirtuar la presunción legal impuesta en favor del demandante, como quiera que si bien la empresa PERAZZA S.A.S acompaña una serie de documentos que dan fe del contrato de prestación de servicios firmado con el actor, entre ellas las respectivas cuentas de cobro, los pagos efectuados a seguridad social por el demandante como trabajador independiente, las respectivas transferencias interbancarias, lo cierto es que dichos elementos de juicio solo prueban lo que en efecto viene reconocido en esta contienda desde el petitorio genitor y es que el demandante afirma que desde el día 01 de julio de 2016 suscribió un contrato de prestación de servicios con la empresa PERAZZA S.A.S, por lo que es lógico que en virtud de ese vínculo se abriera paso a la existencia de tales documentos, sin embargo, lo que busca precisamente el actor es que, se establezca que dicho contrato en la realidad no lo era de esa índole por configurarse los presupuestos de un contrato de trabajo. De ahí que el verdadero ejercicio probatorio que debía desplegar la demandada era reafirmar que las labores que el actor ejerció en razón del vínculo precedido por una prestación de servicios no estaban provistas de un poder subordinante sobre el contratista y no lo hizo, pues no aportó ningún elemento de juicio dirigido a demostrar dicho aspecto.

Por el contrario, la demandada no logró desvirtuar que el actor era subordinado, pues recibía llamados de atención y tenía establecido un horario de trabajo específico, tales circunstancias fácticas se extraen de la documental acompañada con la demanda contentiva del llamado de atención realizado a él, el día 20 de diciembre de 2016 por el señor Sebastián Buraglia (fl 27), en esta misiva claramente se le informa al actor lo siguiente:

“(...)la empresa ha decidido hacerle un llamado de atención debido a que en repetidas ocasiones no se ha encontrado en la obra en el momento que ingresan los trabajadores, se le recuerda que las actividades constructivas inician a las 7:30 am hasta las 5:00 pm y entre sus funciones está hacer

seguimiento a dichas actividades, por esta razón la empresa requiere que se encuentre en el lugar de trabajo cuando se dé inicio a la jornada laboral con el fin de realizar la supervisión de las actividades a desarrollar. Para llevar un mejor control del personal que permanece en obra, se hace necesario que de ahora en adelante usted firme la planilla de asistencia al ingresar y salir de obra”.

De dicha probanza, es diáfano para este sentenciador que la empresa llevaba una trazabilidad de las ausencias del trabajador y que por tal incumplimiento no le quedó otro camino que llamarle la atención, pues nótese que en la misiva expresamente se le indica: *la empresa ha decidido hacerle un llamado de atención debido a que en repetidas ocasiones no se ha encontrado en la obra en el momento que ingresan los trabajadores, (lo subrayado por esta sala)* quedando en evidencia que el trabajador llamado “contratista” si debía ejercer un horario específico, circunstancia que coincide con lo explicado por el demandante cuando en su declaración de parte dijo: *“yo cuando empecé a trabajar con la empresa en un momento determinado no firmaba asistencia porque a mí no se me exigía firmar la asistencia en las planillas, cuando yo comencé a tener el problema comenzaron a exigirme los horarios de llegada y los horarios de salida de obra yo comencé a llenar esa asistencia(...)***(Min 23.01- 23,27).**

De cara de nuevo al análisis de la misiva en comento, se observa que la misma continúa: *se le recuerda que las actividades constructivas inician a las 7:30 am hasta las 5:00 pm y entre sus funciones está hacer seguimiento a dichas actividades, por esta razón la empresa requiere que se encuentre en el lugar de trabajo cuando se dé inicio a la jornada laboral con el fin de realizar la supervisión de las actividades a desarrollar.*

Al emplearse en dicha comunicación se *le recuerda que* se entiende que previamente al actor se le había dado a conocer que ese era su horario de trabajo y no otro, sin embargo, auscultado los contratos de prestación de servicios no se extrae en ninguno de los articulados dicha exigencia. De manera que no es de aceptación el argumento que se expone en la alzada de que al actor solo se le solicitaba el cumplimiento de horarios para el desempeño de las funciones ejercidas por él como contratista.

Concatenado con todo lo anterior, el citado llamado de atención tiene plena validez probatoria como quiera que no fue desconocido por la parte

demandada, pues no fue tachado como falso, sin que dicha prueba pierda la contundencia en demostrar que si existía poder de subordinación sobre el demandante bajo el argumento de que el señor Sebastián Buraglia no era representante de la empresa PERAZZA S.A.S, pues quedó plenamente establecido del interrogatorio de parte al gerente de la empresa demandada, señor Ricardo Perazza López y de la prueba testimonial rendida por la señora Julieth Cock que el señor Sebastián Buraglia es contratista de la empresa PERAZZA.

Continuando con la valoración de las pruebas, se destaca también la cláusula i) de los contratos de prestación de servicios al imponer como obligación del contratista *“no atender durante las horas de trabajo ocupaciones distintas de las que el contratante le encomiende, abstenerse fuera de esas horas de otras labores que afecten su capacidad de trabajo o menoscaben su salud en forma tal que le impida prestar de manera eficaz y eficiente el servicio contratado y a no trabajar por cuenta propia en el mismo oficio durante la vigencia de este contrato.”*

De la lectura de dicha pauta del contrato, en conjunto con el llamado de atención de fecha 20 de octubre de 2016 que da cuenta que el actor debía cumplir un horario de 7:30 am a 5: 00 pm, se extrae que era imposible que el actor pudiera ejercer una actividad diferente a la ejecutada con la empresa demandada, si esta abarcaba más de ocho diarias, de lo que se denota que el trabajador tenía exclusividad con la empresa.

Hecho que se refuerza con el correo del 22 de diciembre de 2016 en el que, en respuesta por parte de Julieta Rock frente a solicitud de permiso del actor, ésta pese a informarle al demandante que no tiene por qué solicitar permiso teniendo en cuenta que es un contratista externo en virtud del contrato de prestación de servicios, sin embargo, le recuerda que tiene responsabilidad de 100% de permanencia en la obra.

Tampoco logró demostrar la empresa con el testimonio de la señora Julieta Cock que las actividades del actor estuvieran desprovista de subordinación pues pese a que esta testigo manifestó que laboró para la empresa PERAZZA S.AS en el tiempo que el actor prestó sus servicios en

el Centro de Eventos Valle del Pacífico como contratista y que este le dirigía constantemente informes de la obra, no obstante la misma fue enfática en responder “no” al interrogante realizado por el juez de sí había sido testigo presencial de las funciones realizadas por el demandante, por lo que su dicho no puede tenerse en cuenta si no tuvo relación directa con el desempeño de las labores que aquél desplegaba.

De otro lado, tampoco demuestra la demandada la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, características que constituye el elemento esencial de este contrato, en la medida que el contratista debe disponer de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas, pues brillan por su ausencia en este litigio pruebas sobre dicho aspectos, por el contrario las pruebas que trajo la demandada alusivas a recibos de caja menor que manejaba el demandante para compra de materiales, las mismas se enuncian en las cuentas de cobro como préstamos que debía reembolsarse al supuesto contratista por lo que no puede hablarse en este caso que el actor ejercía las funciones por sus propios medios.

Respecto del argumento expuesto por la recurrente de que se debe tener en cuenta el entorno o sector en que se desarrolló la actividad ejercida por el demandante, esto es el de la construcción, en el que se acostumbra a que se manejen contratos y subcontratos a través de prestaciones de servicios, y que la empresa PERAZZA S.A.S no había actuado de manera diferente a esa costumbre, dicho argumento no es de recibo en virtud de los principios constitucionales que se enmarcan en nuestra carta magna, en cuanto a que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundamentada en el respeto al trabajo y la primacía de la realidad sobre las formas, máxime cuando el juez esta ceñido a las resultados de cada caso concreto, previa valoración de las pruebas oportunas y en el presente proceso se determina de las diferentes probanzas que si existió un contrato de trabajo, de manera que si la empresa PERAZZA S.A en otro momento ha contratado a través de un contrato de prestación de servicios es un argumento que resulta irrelevante a este juicio.

Colofón de lo anterior, la Sala descarta la existencia de una indebida valoración de los elementos de prueba denunciados por el recurrente en su alzada; comoquiera que lo que resulta palmario de tales probanzas es que las mismas no desvirtúan la presunción del artículo 24 del CST, en tanto de ellos, valorados de manera conjunta emerge la prestación subordinada de los servicios contratados, ergo acertó la instancia al declarar la existencia del contrato realidad.

En cuanto al establecimiento del salario por parte del juez en la suma de \$2.200.000 este despacho lo tiene como plenamente establecido atendiendo que esta fue la suma que se acordó en los contratos de prestación de servicios, por lo que, si el actor reportaba como IBC para los aportes a seguridad social por un valor menor, no es un asunto que sea de competencia abordar a este juzgador de segunda instancia, se itera el valor de \$2.200.000 se determina por lo que pactaron las partes en los contratos de prestación de servicios, por lo que también se confirmará la sentencia en este sentido.

Finalmente, en cuanto a la imposición de la sanción moratoria del artículo 65 del CST tal como lo razonó determinó el juez de primera instancia con fundamento en lo que tiene dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta sanción no opera de manera automática y se debe observar con estricta atención las circunstancias que rodearon el incumplimiento de la obligación del pago de prestaciones sociales que permita determinar que hubo razones atendibles en esa omisión.

En el caso concreto esta Sala no encuentra esas razones atendibles de que habla la jurisprudencia que lleve a eximir a la demandada del pago de la sanción moratoria, pues por el contrario lo que se avizora es que la demandada suscribió contrato de prestación de servicios para evitar el pago de esos emolumentos, actuación que no se puede tomar como revestida de buena fe.

Colofón de todo lo anterior al no haber prosperado ninguno de los reparos de la demanda se confirmará la sentencia en su totalidad.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

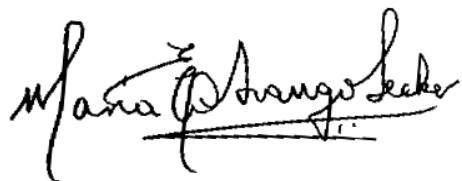
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia No. 94 de 3 de marzo de 2019, emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

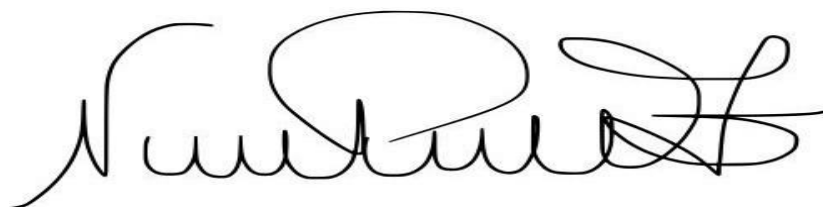
Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA