

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE **ADULFO VALENCIA MORENO**
VS. **CONSORCIO OCTA JAMUNDI y otro**
RADICACIÓN: **760013105 009 2010 00967 01**

Hoy **26 de noviembre de 2021**, surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 1026 del 31 de agosto de 2021, resuelve la **APELACION** respecto de la sentencia No. 129 de 25 de julio 2014, dictada por el JUZGADO OCTAVO LABORAL DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE CALI, en escrituralidad, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ADULFO VALENCIA MORENO** contra **CONSORCIO OCTA JAMUNDI y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COONFIANZA CTA**, con radicación No. **760013105 009 2010 00967 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 04 de noviembre de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No. 80**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el artículo 11 del Acuerdo PCSJA21-11840 del 26-08-2021, en ambiente preferente virtual.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la **apelación** en esta que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 466

ANTECEDENTES

A través de apoderada judicial del Señor **ADULFO VALENCIA MORENO**, impetró demanda ordinaria laboral, en contra del **CONSORCIO OCTA - JAMUNDI-**. Solicitó se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las

partes, que fue despedido de manera ilegal e injusta, que le adeudan salarios dejados de cancelar, cesantías correspondientes al periodo comprendido entre mayo 14 de 2008 y abril 9 de 2010, intereses a las cesantías y prima de servicios por igual periodo, vacaciones por todo el tiempo laborado, sanción por no pago de intereses a las cesantías (num. 3, art. 1 ley 52 de 1975), salarios dejados de devengar (artículo 46 C.S.T.), indemnización moratoria, indemnización por no depósito de cesantías en un fondo, cotizaciones a seguridad social en pensión, perjuicios morales tasados en 50 salarios mínimos, indexación o corrección monetaria y las costas procesales.

En sustento de sus pretensiones señaló que se vinculó del 19 de noviembre de 2008 hasta el día 15 de octubre de 2009, mediante contrato verbal de trabajo, pactado por el lapso de duración de la construcción de la obra “CARCEL DE MAXIMA SEGURIDAD DE JAMUNDI”, y bajo las órdenes de JOSÉ ABAD SERNA ARISMENDI (contratista). El horario de labores comprendía 9 horas diarias y el salario acordado fue de \$1.270.961. Las labores eran realizadas en forma personal por el trabajador y bajo las ordenes del jefe inmediato, algunas pactadas por unidad de tiempo, otras a destajo con diferentes precios de remuneración.

Indicó que dejó de prestar los servicios en la obra debido al incumplimiento en el pago de sus salarios, fecha para la cual le adeudaban la suma de \$2.700.000, siendo excusa de su jefe inmediato, los defectos en las obras realizadas por el actor. La empresa no pagó al actor las primas de servicios, vacaciones acumuladas, cesantías causadas, intereses a las cesantías, la indemnización por despido, la indemnización moratoria, la indemnización por no consignación de las cesantías, los aportes a seguridad social, perjuicios morales, por las consecuencias derivadas de la angustia económica, que estima en 50 salarios mínimos.

Solicitó en la demanda, la integración a la litis del señor JOSE ABAD SERNA ARISMENDI, en calidad de intermediario del empleador demandado.

ACTUACIONES DE LA PRIMERA INSTANCIA

Admitida la demanda mediante auto No. 050 de 6 de febrero de 2012 (fl. 32) y aceptado el desistimiento de la solicitud de integración a la litis del señor José Abad Serna Arismendi (q.e.p.d.), en auto de 23 de marzo de 2012 (fl. 41-43), se dispuso la notificación al demandado CONSORCIO OCTA JAMUNDI. La Juez Novena Laboral del Circuito de Cali, ordenó remitir el proceso al Juzgado Octavo Laboral de Descongestión Laboral, quien continuó con el trámite procesal (auto 2543 de 27 de marzo de 2012).

El CONSORCIO OCTA-JAMUNDI fue notificado y compareció al proceso a través de apoderada judicial, con poder expreso conferido por el representante legal del consorcio indicando que el mismo se encontraba conformado por Construcciones OBYCON S.A., Construcciones Civiles S.A., Amarilo S.A. y Triada Ltda., acompañó el acuerdo de creación consorcial (fl. 66-68) y designación del representante legal.

La apoderada judicial dio respuesta a la demanda (fls. 50-64), indicando que el demandante no fue trabajador directo del Consorcio y menos de las entidades consorciadas. Que el actor fue oficial de construcción como sub-contratista independiente del señor José Abad Serna Arismendi, este último contratista del consorcio, para la realización de trabajos puntuales.

Indicó que el actor se encontraba adscrito a la CTA COONFIANZA Cooperativa de la Construcción, para poder ejercer sus funciones, pero que desconoce los extremos laborales que se citan y la realidad de la contratación que sostuvieron el demandante y el contratista José Abad Serna Arismendi. Señaló que tienen claridad que respecto de la seguridad social, el demandante la cancelaba a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado del gremio de la Construcción COONFIANZA, por ser trabajador asociado a la misma, por ello al parecer podía ingresar a las instalaciones de la obra, porque sin tener seguridad social no había entrada al proyecto, el Consorcio afiliaba a sus trabajadores directos con quien tenía la obligación legal.

Como excepciones propuso las de carencia del derecho para incoar del demandante, la innominada o la genérica, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, inexistencia de la solidaridad contenida en el artículo 34 del CST, falta de calidad de empleador del CONSORCIO OCTA con el demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva.

Con auto No. 262 de 6 de diciembre de 2013, se dispuso la integración a la litis de la COOPERATIVA COONFIANZA CTA, representada a través de curador *ad litem*, quien dio respuesta a la demanda (fls. 260-261). Frente a los hechos señaló que se atendería a lo demostrado en el transcurso del proceso.

Decisión de primera instancia.

El Juzgado Octavo Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, en sentencia No.237 de 25 de julio de 2014, en sentencia escritural resolvió:

DECISIÓN JUDICIAL

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones formuladas por la demandada CONSORCIO OCTA – JAMUNDI, las cuales denominó: *“Carencia del derecho para incoar del demandante, la innominada o genérica, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de solidaridad contenida en el artículo 34 del C.S.T., falta de calidad de empleador del CONSORCIO OCTA con el demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva”*, por lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada CONSORCIO OCTA-JAMUNDI, representado legalmente por el señor FEDERICO CERON DE SOUSA, o por quien haga sus veces, y a la integrada como Litis consorte necesaria por pasiva COONFIANZA CTA, representada legalmente por el señor MARIA EUGENIA BERMUDEZ VELEZ, o por quien haga sus veces y de las pretensiones incoadas en su contra por el señor ADULFO VALENCIA MORENO, identificado con C.C. N° 76.041.359.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandante. Señálese las agencias de derecho en la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE (\$350.000), en favor de la parte demandada CONSORCIO OCTA-JAMUNDI.

CUARTO: De no ser apelada la presente Sentencia y por ser adversa al demandante, **ENVIESE** el presente proceso para ante el Honorable Tribunal Superior de Cali – Sala Laboral, con el fin de que se surta el grado de **CONSULTA**.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CONSÚLTESE

La anterior providencia queda notificada en estrados a las partes.

No siendo otro el motivo de la presente diligencia se termina y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

La Juez,


CLAUDIA PATRICIA RAMÓN MUÑOZ

Consideró la A quo, para arribar a la citada decisión que a la luz del artículo 177 del CPC, vigente para la época en que se profirió la decisión, el demandante no asumió la carga demostrativa respecto de los tres elementos del contrato de trabajo y de los extremos temporales. Que de las pruebas recaudadas en el proceso se pudo esclarecer que el señor José Abad Serna Arismendi fue quien presentó diferentes ofertas mercantiles en calidad de contratista independiente, sin embargo, la parte actora desistió de su integración a la litis.

Señaló que dentro del informativo obra el convenio asociativo entre CONFIANZA CTA y el señor José Serna y no con el CONSORCIO OCTA-JAMUNDI, sin que existan otros elementos para dilucidar un contrato ficto o presunto entre las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, e indicó que, de las pruebas recaudadas, en especial las declaraciones de los ex empleados de la demandada, como Henry Barbosa Herrera, Gerente del Proyecto, se obtiene como prueba que al efectuar la devolución de las garantías a los contratistas, estos debían encontrarse a paz y salvo con los trabajadores. Que la parte demandada tampoco acredita que realizó los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones del actor, porque si bien reposa en el expediente la certificación de la ARL LIBERTY, donde se informa que el demandante se encuentra amparado por una póliza que cubre los riesgos laborales; la EPS SOS certificó que no registra vínculo alguno

y se incumplió con la obligación legal de afiliar al demandante a la Seguridad Social en salud y pensión.

Que la falacia de que la vinculación laboral del señor ADULFO VALENCIA no se efectuó de manera directa con el consorcio demandado, sino con COONFIANZA CTA, se logró romper con la declaración de la señora JANNETT MEDINA, encargada de la oficina de recursos humanos del consorcio OCTA– Jamundí, cuando manifestó textualmente que su relación con los contratistas era la seguridad social, y su labor consistía en verificar que ellos estuvieran al día con la cooperativa COONFIANZA.

Indicó con relación al convenio asociativo de trabajo de José Serna con la integrada a la *litis*, CONFIANZA CTA, que olvidó la Juez que el consorcio entregó a los familiares del señor SERNA los dineros de la retención que tenía en garantía. Que el señor Serna fue un simple intermediario y la responsabilidad del consorcio OCTA-JAMUNDI, se encuentra preceptuada en el artículo 35 numerales 1 y 2 del CST.

Por último, indica que no existe incertidumbre respecto a la estructuración del contrato realidad entre el demandante con el consorcio OCTA – JAMUNDI; como tampoco de los extremos de la relación jurídica laboral, ni de los salarios devengados y adeudados en el momento de la terminación injusta de su contrato de trabajo, como tampoco de las prestaciones sociales a que tiene derecho y la causal de su despido; de conformidad con la normatividad invocada en la demanda. Solicita se revoque la decisión de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 8 de septiembre de 2014, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el artículo 82 del CPTTSS sin modificaciones.

Ninguna de las partes presentó sus alegaciones.

CONSIDERACIONES:

De cara al objeto de debate, materia de apelación, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia *¿si se encuentra demostrada la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el Consorcio Octa Jamundí?*, a través de la identificación de sus elementos esenciales: i) la actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, ii) la continuada subordinación o dependencia de este respecto del empleador que le da la facultad de impartir órdenes e instrucciones y iii) el salario.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico en materia de contrato realidad ha dispuesto en pro de la protección del trabajo humano, la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo (artículo 24 C.S.T.), así también, el artículo 23 *ejusdem*, numeral 2, al establecer que reunidos los tres elementos ya precisados se entiende la existencia del contrato de trabajo, sin que se pierda su naturaleza así se presenten otras condiciones o modalidades.

Determinaciones de orden jurídico que se estructuran cuando la realidad supera las formas, resultando irrelevante la denominación que las partes quisieran darle al contrato, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 48448 de 25 de julio de 2018, en la cual indicó:

“Precisado lo anterior, debe reiterar la Sala que aunque los contratos celebrados por las partes entre el 1 de octubre de 1999 y el 28 de febrero de 2004 tenían el rótulo de «contrato de prestación de servicios» u «orden de prestación de servicios», y en ellos se había manifestado que el actor tendría la calidad de contratista de la entidad para ejercer funciones como promotor en salud o educador en salud, ello constituye una formalidad establecida por los sujetos de la relación laboral, la cual no puede estar por encima de lo que haya sido realmente el desarrollo material de la vinculación, pues es precisamente como se dio efectivamente la ejecución de ésta, lo que debe tener primacía frente a lo pactado por las partes, en virtud del principio constitucional de la prevalencia de la realidad sobre las formas. Justamente, este principio protege a la parte débil del vínculo, en este caso el trabajador, de cualquier posible manifestación de voluntad de éste relativa a desconocer los derechos y beneficios que le asisten en virtud de la legislación del trabajo, como lo expresó la Corte en sentencia CSJ SL8936-2015.”

Así, quien pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo debe acreditar la prestación personal de un servicio, para que redunde la presunción y surja, a cargo del convocado a juicio, la obligación de demostrar con hechos

contrarios a los presumidos, que la relación de trabajo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.¹

Fijados los deberes probatorios, que atañen a cada parte dentro del proceso, en procura de la prosperidad de las pretensiones, o ya en defensa de la inexistencia del contrato realidad, pasamos puntualmente a establecer si se cumplieron o no las cargas probatorias que les incumbían.

a. PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO

En el plenario, es un hecho indiscutible que la pretendida relación laboral, la hace derivar el actor de los servicios que prestó al CONSORCIO OCTA-JAMUNDI, bajo las órdenes del señor JOSE ABAD SERNA ARISMENDI (q.e.p.d.), este último, contratista del consorcio como lo aceptó la demandada al dar respuesta al hecho primero de la demanda e indica que el contratista vinculó varios oficiales de obra, personas que prestaban sus servicios como subcontratistas independientes.

Cabe precisar que dentro del informativo se aportó (folios 74 a 76 mercurio 2) el “DOCUMENTO DE CONSORCIO” celebrado entre CONSTRUCCIONES CIVILES S.A., AMARILO S.A., TRIADA LTDA. y CONSTRUCCIONES OBYCON S.A., con fecha 25 de julio de 2006, mediante el cual las citadas compañías, acordaron nombrar como representante legal del consorcio al Ingeniero Federico Carlos Cerón Sousa, con facultades especiales. Se extrae del documento que el Consorcio fue conformado para:

“presentar propuesta, suscribir y ejecutar el contrato en caso de adjudicación según la LICITACION PUBLICA No. IPG 1650-195073 abierta por el FONDO

¹ C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia 39377 del 29 de junio de 2011. “En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.” Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE- cuyo objeto es: LA CONSTRUCCION DEL COMPLEJO PENITENCIARIO, CARCELARIO Y DE RECLUSION DE MUJERES DE JAMUNDI, QUE CONTIENE ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE MEDIANA Y ALTA SEGURIDAD, ESTABLECIMIENTO CARCELARIO Y RECLUSION DE MUJERES EN JAMUNI VALLE DEL CAUCA".

Así mismo, la parte actora desistió de la vinculación al proceso del señor JOSE ABAD SERNA ARISMENDI, llamamiento que hizo en la demanda "en calidad de intermediario del empleador demandado", esgrimiendo al desistir:

Así mismo, me permito manifestar al Despacho a su digno cargo que DESISTIMOS DE LA DEMANDA EN CONTRA DEL SEÑOR JOSE ABAD SERNA ARISMENDI (Q.E.P.D.), quien en vida se identificó con la C.C. N° 14'999.727 expedida en Cali y quien fungió como Jefe inmediato de mi representado en la relación jurídico-laboral que existió entre éste y la firma "CONSORCIO OCTA - JAMUNDI", durante la construcción de la Cárcel de Máxima Seguridad de Jamundí (Valle).

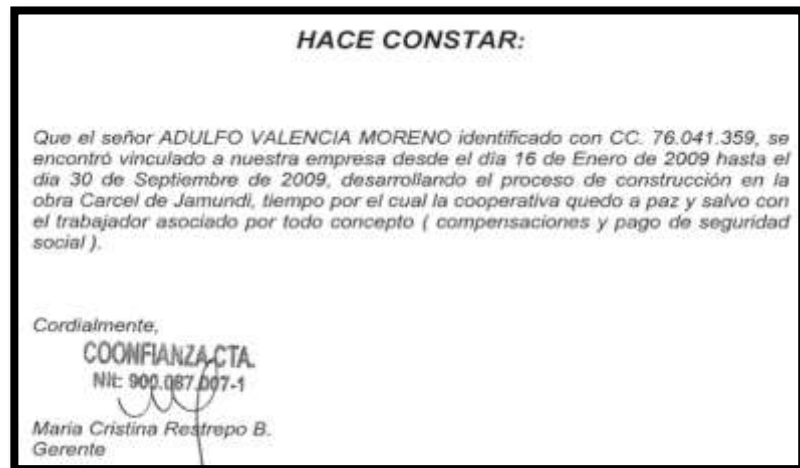
Es decir, corresponde dilucidar en la prestación personal de servicios, a favor de quién se ejecutaron los mismos, pues el destinatario final de los mismos, no cabe duda lo fue el CONSORCIO OCTA-JAMUNDÍ, solo que fue intersectado por JOSE ABAD SERNA quien funge como contratista o simple intermediario.

Adicionalmente, con las documentales aportadas a folios (112 y 113pdf mercurio 1) "CONVENIO DE TRABAJO ASOCIADO" se establece que el señor ADULFO VALENCIA MORENO se vinculó a la Cooperativa de Trabajo Asociado COONFIANZA CTA, en enero 16 de 2009, cuyo objeto se pactó en los siguientes términos:

aparece al pie de su firma, en su calidad de representante legal de LA COOPERATIVA, se ha celebrado el presente Convenio de Trabajo Asociado, regido por las siguientes cláusulas: PRIMERA: OBJETO. El presente documento tiene por objeto establecer las condiciones y estipulaciones de la ejecución del trabajo personal, mediante convenio de trabajo asociado, celebrado entre LA COOPERATIVA y EL(LA) ASOCIADO(A), por lo cual éste(a) declara conocer plenamente que LA COOPERATIVA es de "Trabajo Asociado" y que por consiguiente no existe la calidad de empleador ni trabajador, en ninguno de ellos y no se configura relación laboral mediante la suscripción del presente convenio; en consecuencia las obligaciones y derechos de las partes se establecen de mutuo acuerdo y de conformidad a los principios cooperativos consagrados en la ley 79 de 1988, el Dcto. 4588 De 2006 y demás leyes y disposiciones relacionadas y complementarias, así como en los estatutos y regímenes que se encuentren vigentes y rijan para la cooperativa en especial.- SEGUNDA: LAS PARTES DECLARAN: 1. que conocen ampliamente y darán cumplimiento a la ley y a los estatutos y regímenes de LA COOPERATIVA (de los cuales se

Indicándose en el citado convenio: "LUGAR DONDE DESEMPEÑA LAS LABORES: JOSE SERNA". Así también que se pactó la suma mensual de \$496.900, a título de compensación que recibiría el asociado por la ejecución de

su trabajo. Del mismo modo, fue aportada la constancia expedida por la Cooperativa de Trabajo Asociado (fl. 105PDF mercurio 1):



De la misma se extrae que entre el 16 de enero de 2009 a 30 de septiembre de 2009, el demandante participó en el proceso de la construcción de la cárcel de Jamundí, expidiendo la cooperativa paz y salvo por este concepto.

La interacción con la CTA es explicada a través de las declaraciones de partes y testigos así:

En audiencia de 7 de mayo de 2013 fue recepcionado el interrogatorio de parte al demandante quien señaló que el Señor Serna les pagaba la mano de obra por días, siempre quedó adeudándole al demandante dinero, indicó que no regresó a la obra de la cárcel porque no le pagaban, que recibió pagos por trabajos realizados de parte del consorcio OCTA, por medio de un intermediario que era el señor José Abad Serna (fl. 171 a 172).

En audiencia pública de 12 de junio de 2013 rindió declaración el señor LUIS ALIRIO ROMERO, quien indicó que fue oficial de construcción de la Cárcel de Jamundí, que conoció al demandante por medio del señor Serna. Que el demandante también fue vinculado como oficial de obra, al igual que el testigo, realizando oficios varios. Indicó que el demandante no regresó a trabajar porque el Señor Abad Serna le debía un dinero por un trabajo que había realizado. Adujo que el Señor Abad Serna actuó como intermediario, que ellos trabajaban en el consorcio pero quien les pagaba era el señor Serna, por espacio de un año en el que actor trabajó en la obra. El demandante cumplía el horario de las 7 a.m. a 12 y de 1 a 5 p.m., que el señor Serna era quien les pagaba, y recibían órdenes

de él y de su secretaria Leidy, manifestó el testigo que desconoce si el señor Serna fue o no empleado del Consorcio. Desconoce la fecha en que ingresó el demandante a trabajar en el consorcio, pero si recuerda el testigo que ingresó en el 2008 y posteriormente lo hizo el demandante. Que no les pagaron las prestaciones, lo que si hicieron fue descontarles el dinero de la EPS. Señaló que si no se afiliaban a la cooperativa, no podían ingresar a trabajar en la obra.

MARÍA EUGENIA BORRERO ROMERO, fue tachada por la apoderada judicial de la demandada, al existir una demanda instaurada por la declarante contra el consorcio OCTA – JAMUNDI. Afirmó la testigo que fue ayudante de construcción del consorcio, conoció al demandante en la obra. Señaló que el demandante se retiró de la obra porque tuvo problemas con el señor Serna, porque le quedó debiendo dinero y no le pagó al actor, él era quien les pagaba, él era el intermediario. Señaló que el señor Serna era contratista del Consorcio y el fue quien contrató al demandante por espacio de un año, en el horario de 7 a 12 a.m. y de 1 a 5 pm., sábados medio día, jornada que estableció el señor Serna y era quien daba las órdenes. Que le pagaban quincenal el promedio de un millón o millón doscientos mensuales, porque como el era oficial se ganaba seiscientos mil quincenales, por hacer cárcamos, maquillaje en fachada y oficios varios. Que cuando llegaba el pago, “ya llegaba la seguridad social descontada, porque para uno ingresar al trabajo cuando no había seguro no lo dejaban ingresar a uno”. Indicó que dentro de la obra hubo gente contratada directamente por OCTA.

En audiencia de 10 de julio de 2013, rindió declaración JEANNETTE MEDINA TRUJILLO. Indicó que trabajó para el Consorcio Octa-Jamundí desde el año 2007 hasta abril de 2011, encargada de recursos humanos, de todo el manejo de personal, que no conoció al demandante. Que OCTA tenía contratistas que manejaban unas ofertas comerciales directamente con el consorcio y a su vez tenían sus trabajadores. Indicó que la relación con los contratistas consistía en verificar que ellos estuvieran al día en seguridad social “que estuvieran al día con la cooperativa que nosotros manejamos que se llamaba CONFIANZA”, que el consorcio tuvo trabajadores directos por obra o labor determinada.

Señaló que el consorcio no ejerció control alguno sobre el personal de los contratistas. Que las personas que trabajaban para los contratistas en el consorcio tenía un área de trabajo social, donde presentaban reclamos o quejas

y debían firmar un documento de conciliación que existía para llegar a un acuerdo con el contratista para el pago del subcontrato, en el caso de adeudar dinero por trabajos realizados. Que al señor Serna lo asesinaron y el dinero que el consorcio le adeudaba se lo pagaron a los familiares.

En audiencia de 10 de septiembre de 2013, se recepcionó la declaración de SUGELY ROJAS PASCUAS, quien trabajó para el Consorcio OCTA en el cargo de recepcionista entre septiembre de 2007 a mayo de 2009, que conoció al señor José Serna, pero no a sus trabajadores. Con relación al organigrama del consorcio indicó que el director de la obra era el gerente del proyecto, había directores residentes, director administrativo y auxiliares, gerentes de obra y había una oficina técnica. Quienes únicamente dieron instrucciones al contratista.

JUAN CARLOS DELGADO SOTO, fue empleado del consorcio, en el cargo de residente de obra, en el Centro Penitenciario Jamundí en el que organizaba y dirigía las actividades de la parte técnica de la construcción. Que debido a la magnitud de la obra se requería gran cantidad de contratistas y a su vez trabajadores de contratistas, afirmó que no conoció al contratista Serna, ni al demandante.

HENRY BARBOSA HERRERA, gerente del consorcio OCTA JAMUNDI, para los años 2006 a mediados del 2010. Indicó que el demandante nunca fue empleado directo del consorcio, y manifestó que conoció a toda la planta de personal y autorizaba los pagos de nómina. Que conoció al Señor Jose Abad Serna como contratista manejando contratos de obra en varias actividades, enchapes. Que las retenciones de garantía que le tenían al señor Abad Serna, fueron entregadas a los familiares, por que no existía reclamación alguna de un tercero.

De donde deviene el indebido uso dado a la CTA pues en momento alguno afloran los elementos de una labor autogestionaria propia de un trabajador asociado. En efecto, desde el Decreto 4588 de 2006, específicamente en su artículo 17, se prohibió que las CTA actuaran como empresas de intermediación laboral, o para disponer de mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios. Establece la norma en cita:

“Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.”

Al respecto, existe una línea jurisprudencial en la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. que aprecia el uso irregular de las COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO como mecanismo para maquillar o disfrazar una relación de trabajo (SL- SL2842, SL2588, SL539 de 2020), aspecto que hacia la data de labores del demandante (19-11-2008 a 15-10-2009) concuerda también con el numeral 1 del artículo 7 de la Ley 1233 de 2008, que prohíbe a las CTA *“actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado”*, agregando en los numerales 3 y 4 que:

“Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incursas en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica.

4. Tanto la potestad reglamentaria como la disciplinaria sólo será ejercida por la precooperativa o cooperativa de trabajo asociado. En ningún caso, tales potestades podrán ser ejercidas por el tercero contratante. Si esto llegare a suceder se configurará de manera automática un contrato de trabajo realidad y, además, el contratante deberá soportar los efectos previstos en el numeral anterior, sin perjuicio de otras consecuencias legales”.

Disposiciones que sintonizan con el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 (dic. 29) que prohíbe, a todas las entidades, la contratación del personal dedicado a la actividad misional permanente de la empresa a través de cooperativas de servicio de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, con lesión de los derechos de quien trabaja de manera subordinada.

Las pruebas aportadas al plenario, ponen en evidencia que el demandante dependía del señor Abad Serna, y no propiamente de la CTA, el contratista pagaba directamente el salario o jornal al demandante, era quien le daba órdenes al actor y a quien le cumplía el horario el actor, para realizar las labores que el contratista independiente del Convenio le solicitaba realizar, y respecto de quien, en principio no se logró demostrar autonomía en el actuar, y tampoco se desdibuja por mediar un acto cooperativo, lo cual, consistió en uso irregular y de la CTA.

No obstante, el nexa ADULFO VALENCIA-JOSÉ ABAD SERNA ARISMENDI no amerita pronunciamiento alguno dado el desistimiento admitido en primera instancia con Auto 2455 del 23 de marzo de 2015.

Por tanto, baste enunciar que está acreditado por el demandante el elemento que permite dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C. S. del T., invirtiéndose la carga de la prueba en cabeza del presunto empleador, es decir, está a cargo de la parte demandada desvirtuar dicha presunción, siendo su deber acreditar que dicha prestación personal y efectiva del servicio estuvo desprovista de subordinación.

b. CONTINUADA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA

En este caso, como el demandante apelante califica al contratista JOSE ABAD SERNA ARISMENDI como un intermediario con el CONSORCIO OCTA, corresponde dilucidar la relación contractual entre SERNA ARISMENDI y el CONSORCIO OCTA JAMUNDI:

OFERTA COMERCIAL	
PROYECTO	NUEVO CENTRO PENITENCIARIO "JAMUNDI"
DESTINATARIO	CONSORCIO O.C.T.A. JAMUNDI Calle 93B No. 13-92 Of. 303 6 22 81 99 - 6 22 79 86 Fax: 6-106372
OFERENTE	1. JOSE ABAD SERNA ARISMENDI CARRERA 7M BIS No. 74 - 74 6625841 CALI - 3147266169
INTERVENTORIA ASIGNADA POR EL FONADE	CONSORCIO SEDIC - ORBITA - ESTUDIOS TECNICOS
FECHA	15 DE SEPTIEMBRE DE 2008
OBJETO	MANO DE OBRA SECTOR 3 SINDICADOS

Militan dentro del informativo las ofertas comerciales que presentó el señor José Abad Serna Arismendi al Consorcio OCTA JAMUNDI, a partir del 15 de septiembre de 2008, cuyo objeto fue el de:

“objeto de la oferta: el OFERENTE se compromete con el DESTINATARIO a ejecutar los trabajos incluidos en el anexo uno, adjunto en esta oferta comercial. La presente oferta comercial es por la modalidad de los precios unitarios fijos sin ningún tipo de reajuste para el proyecto “Nuevo Centro Penitenciario JAMUNDI”, localizado en desviación de la vía panamericana KM 27 vía a BOCAS DEL PALO Dpto Valle del Cauca) de acuerdo con la propuesta del 15 de septiembre de 2008 presentada por el OFERENTE y aprobada por el DESTINATARIO, la cual se anexa y forma parte integral de la oferta comercial”.

Se estipuló en la cláusula quinta:

“b) EL OFERENTE se obliga dirigir personalmente y bajo su responsabilidad la ejecución de la obra contratada, no pudiendo cederlas, ni subcontratarlas sin autorización por escrito del Destinatario”.

Obra documento denominado “ACTA DE INICIACION DE OBRA” que da cuenta de lo siguiente:

OCTA	
Jamundi, Junio 26 de 2009	
ACTA DE INICIACIÓN DE OBRA	
En el lote ubicado en la desviación vía Panamericana, kilómetro 3, vía Bocas del Palo, Hacienda San Alfonso, se reunieron JOSE ABAD SERNA ARISMENDI y CAMILO REYES GONZALEZ en representación del CONSORCIO OCTA JAMUNDI, con el fin de efectuar el ACTA DE INICIACIÓN OBRA DE LA OFERTA MERCANTIL CORRESPONDIENTE A LA MANO DE OBRA MAMPOSTERIA SECTOR 3, para el COMPLEJO PENITENCIARIO, CARCELARIO RECLUSIÓN DE MUJERES DE JAMUNDI.	
En Jamundi firman los que intervienen en la presente Acta:	
Por JOSE ABAD SERNA ARISMENDI	
JOSE ABAD SERNA ARISMENDI C.C. 14.999.727 de Cali (Valle del Cauca)	Captura de Pantalla

Es decir, podría colegirse la tesis del accionante en cuanto que JOSE ABAD SERNA ARISMENDI dejó de ser contratista independiente (artículo 34) y fue un simple intermediario, calificado como tal por el artículo 35 del C.S.T.. Ello porque justamente el numeral 2 enseña que *“se consideran como simples intermediarios, aún cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”*.

Sin embargo, no afloran los elementos subordinantes que enseña la recomendación 198 de OIT pautan su existencia, a saber:

“(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

Ello porque el pretendido intermediario JOSE ABAD SERNA ARISMENDI no se inserta en el cuadro de mando del consorcio, ni en su organización, por el contrario, la prueba testimonial revela que actuó como uno más de los varios contratistas, con independencia en cuanto a la vinculación de personal - respetando directrices de ingreso con afiliación a seguridad social-, pero administrando los dineros y pagos provenientes del Consorcio OCTA, decidiendo autónomamente a quien pagar y a quien no, como le ocurrió al demandante. Independientemente, que tras su fallecimiento, fuera el CONSORCIO OCTA quien hiciera pagos a su nombre -según deja entrever la prueba testimonial-.

Es más, podría decirse que hizo gala JOSE ABAD respecto del actor de un mínimo poder subordinante, que no conduce a trocar la conclusión de primera

instancia, respecto del CONSORCIO OCTA, aquí demandado, ello porque el rol de mal pagador que destacó el demandante recae en el contratista ABAD ARISMENDI evidencia la autonomía del contratista, más cuando algunos testigos expresaran “(...) *el demandante junto con los testigos no recibían ordenes ni indicaciones de ninguno de los trabajadores del Consorcio*”.

Además, acreditó el Consorcio OCTA – Jamundí, en línea de desvirtuar el elemento subordinación que JOSE ABAD llegó a ser el destinatario o usuario de la labor a desarrollar por el demandante, y no el consorcio, al igual también los declarantes empleados directos de OCTA JAMUNDI, indicaron que este también contaba con trabajadores por obra o labor determinada, que debido a la magnitud de la obra, OCTA tenía contratistas que manejaban unas ofertas comerciales directamente con el consorcio y a su vez tenían sus trabajadores.

En consecuencia, desvirtuada la presunción de existencia de un contrato de trabajo respecto de la relación de trabajo personal que sostuvo el demandante con JOSE ABAD SERNA ARISMENDI y que benefició al CONSORCIO OCTA JAMUNDÍ, se impone confirmar la decisión de primera instancia.

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante, apelante infructuoso. Fíjense como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.000.000 (Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, del Consejo Superior de la Judicatura).

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR la apelada sentencia absolutoria No. 129 de 25 de julio e 2014, proferida por el Juzgado Octavo Laboral de Descongestión del Circuito de Cali – Valle del Cauca.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo del demandante, dada la no prosperidad del recurso. Fíjense como agencias en derecho en esta instancia

la suma de \$ 200.000 (Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, del Consejo Superior de la Judicatura).

TERCERO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

(firma electrónica)

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

Firmado Por:

Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

c2fbb3c1f275bb8cbe31bbfd6734a83c9280a48dbd61c777487285a058c44a88

Documento generado en 25/11/2021 06:30:36 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>