

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, Cauca, nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ABEL DÍAZ CERDA
DEMANDADO(s)	BUSTAMANTE MEJÍA LTDA. EN LIQUIDACIÓN
RADICADO No.	19-001-31-05-001-2018-00308-01
JUZGADO DE ORIGEN	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA
TEMA	CONTRATO DE TRABAJO > CONTRATO REALIDAD> ELEMENTOS ESENCIALES > SUBORDINACIÓN.
DECISIÓN	SE CONFIRMA SENTENCIA

ASUNTO A TRATAR

Agotadas las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, integrada por los Magistrados que firman al final, junto con el

Magistrado Ponente, doctor LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS, procede a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el diecinueve (19) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

Se deja constancia, esta audiencia se emite de forma escrita, en el marco de la emergencia decretada a causa de la pandemia por COVID-19, en todo el territorio nacional y, en cumplimiento a las medidas adoptadas por el presidente de la República en el Decreto 806 de 2020.

Aprobado el proyecto presentado por el Magistrado Ponente, la Sala procede a proferir la presente sentencia, previo el recuento de los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

Pretende el demandante, se declare **(i)** que entre él y la empresa BUSTAMANTE MEJÍA LTDA. – EN LIQUIDACIÓN, existió un contrato de prestación de servicios que por su naturaleza se convirtió en un contrato realidad, desde el 01 de septiembre de 2014, hasta el 16 de noviembre de 2015; **(ii)** se declare que el día de la terminación del contrato de trabajo le quedó adeudando prestaciones sociales y vacaciones, por todo el tiempo laborado, la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria. Por lo tanto, **(iii)** la sociedad demandada deber ser condenada a pagar esas acreencias laborales, además de las costas y agencias en derecho (Demanda a folios 1 a 8 y corrección demanda a folios 35 a 42, del cuaderno de primera instancia).

Como supuestos fácticos relevantes, el demandante expone que, por medio de un contrato de prestación de servicios, durante el

lapso expuesto anteriormente, la sociedad demandada lo contrató como chef, de lunes a domingo, de 11:00 am a 11:00 pm, por un valor mensual de \$4.000.000, recibiendo órdenes de la señora Ana María Bustamante Mejía, representante legal de la empresa, siendo el lugar de residencia el bien inmueble Restaurante El Quijote - Terraza – Barbacoa. Que, fue tratado con groserías y de forma despectiva por lo que renunció unilateralmente por los malos tratos recibidos de la entidad contratante.

1.2. CONTESTACIÓN:

La sociedad demandada, en ejercicio de su derecho a la defensa y de contradicción, por intermedio de su apoderado judicial, contestó la presente demanda (folios 64 a 69, ibidem), **oponiéndose a las declaraciones y condenas incoadas en su contra**, por considerar que las sumas solicitadas carecen de fundamento legal y jurídico, pues lo que existió fue un contrato verbal de prestación de servicios como chef en las instalaciones del Restaurante El Quijote, pero, sólo para eventos, lo que significa que la labor era esporádica y que el demandante no cumplía un horario, menos aún estaba subordinado, ya que disponía y manejaba los menú para los eventos, definía cuál plato preparar y no estuvo bajo la vigilancia de la sociedad demandada.

En cuanto a la terminación unilateral del contrato, lo niega, señalando que fue una decisión personal del demandante que en su momento fue respetada por la empresa Bustamante Mejía Ltda. En liquidación.

Como *excepciones de mérito* propuso: Mala fe del demandante y cobro de lo no debido; aceptación de terminación del contrato por justa causa y de forma legal e inexistencia de la obligación pretendida – contrato realidad.

1.3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán (Cauca), se constituyó en AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO el día diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA** dentro del presente asunto, en la cual resolvió: ***ABSOLVER a la sociedad Bustamante Mejía Limitada en liquidación de las pretensiones de la demanda***, y, en consecuencia, condenar en costas a la parte demandante.

Tesis del Juez: Señala el juez que la subordinación es el elemento esencial para determinar qué clase de contrato se dio entre las partes y que, en este caso, de acuerdo a la fijación del litigio, no hay discusión en cuanto a que el señor Abel Díaz prestó un servicio personal a la empresa demandada, por lo que, a la parte demandada le correspondía desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST.

En este contexto, al proceder al análisis de las pruebas, en cuanto a la tacha de la testigo Nelly Cerón Uribe, inicia por señalar que no se allegó la prueba sumaria de que la misma sigue un proceso contra la sociedad demandada; tampoco se allegó prueba de la relación sentimental que se aduce existe entre la testigo y el demandante, entonces se despacha de manera desfavorable la tacha, advirtiendo que así se aceptase esa relación sentimental como indicio de sospecha, la CSJSSL y la Corte Constitucional han sido claros que cuando hay esos vicios de sospecha lo que debe hacer el juez es analizar con profundidad la declaración, pero no desecharla. Entonces, el testimonio es valorado.

Aclarado lo anterior, después de referirse a lo dicho por los testigos y por las partes en sus interrogatorios, concluyó, analizadas las pruebas se logró desvirtuar esa presunción, concretamente por la subordinación y la autonomía que tenía el señor Abel y, de acuerdo a la línea mantenida de forma uniforme por la CSJSL, frente a las particularidades del contrato de prestación de servicios, se caracteriza por la

independencia, y si bien se ha moderado el criterio permitiendo que los contratistas también cumplan un horario y reciban instrucciones, no ha cambiado esa autonomía al desarrollar la prestación del servicio y en este caso todos señalaron que el señor Abel Díaz era autónomo en la elección del menú, en que se iba a dar en los eventos y en los platos al día en El Quijote, es decir, que él no estaba sometido a órdenes, ni siquiera se le indicaba qué debía hacer, precisamente porque su labor como chef y su experiencia; además, se aceptó o todos estaban de acuerdo frente a los menú que él mismo regulaba, tan es así que el demandante en su interrogatorio dijo que él en su cocina era el jefe y que mandaba a la testigo que vino a declarar.

Concluye el juez que, las pruebas permiten indicar que el demandante tenía plena autonomía para cumplir el objeto contractual para desempeñarse como chef en el Restaurante El Quijote y que ello desnaturaliza el contrato de trabajo.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del demandante, interpone en su oportunidad recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, esgrimiendo como motivos de inconformidad, los que a continuación se transcriben:

“Tal y como lo ha dicho la jurisprudencia ya no es necesario concurrir en los elementos esenciales tales como el horario de trabajo y la prestación personal del mismo, sino la subordinación. La subordinación del señor Abel Díaz Cerda en la presente situación en el establecimiento comercial Bustamante Mejía se da de la siguiente manera:

Él es traído como él lo manifestó en el interrogatorio de parte, él es traído con un contrato que fue verbal donde se le dieron unos elementos, donde se le dijo que se le iban a cancelar unas prestaciones sociales, que se le iba a cancelar un sueldo, por el mismo hecho como lo dice el artículo 23 de los elementos esenciales de que este contrato es un contrato verbal se tiene que este contrato es un contrato de carácter indefinido por lo tanto

estaría más que probada esta subordinación su señoría en el caso del señor Abel Díaz Cerda (...).

La jurisprudencia ha fijado unos nuevos lineamientos del 2019 como usted lo leyó de la Corte Suprema de Justicia de la Sala Laboral, pero estos lineamientos en el caso sui generis o del señor Abel Díaz Cerda estos lineamientos estarían por fuera de dicha contratación, es cierto que la contratación de que se establece en el contrato de prestación de servicios es diferente al contrato realidad, pero el contrato realidad que le llevó al señor Abel Díaz a solicitar las prestaciones sociales e indemnizaciones de rigor, nos lleva a los testimonios que en realidad manifestaron la señora María Nelly Cerón Uribe de que fue un contrato verbal, el mismo señor Abel Díaz y el mismo señor Jorge Bustamante Piedrahita, ellos manifestaron que esta contratación se hizo con el señor de carácter verbal, esto eliminaría su señoría por delante esa subordinación para entrarla a estudiar y se entraría a analizar la realidad versus las mismas formalidades. Me parece que la judicatura en este sentido está puntualizando más el tema de mirar la subordinación, cuando pues en un contrato verbal esta subordinación ya está dada porque es un contrato verbal y el mismo es a término indefinido como lo ha dicho en muchas ocasiones la línea jurisprudencial.

Su señoría por lo tanto no estaría de acuerdo, apelo decisión para que el Tribunal del Distrito judicial del Cauca, la Sala Laboral, analizando por analogía los mismos que había dictado en casos recientes como la señora María Elsa Bolaños contra Family Home Care dicta la sentencia revocando esta misma, puesto que esta subordinación al ser un contrato verbal elimina esta situación y por lo tanto se tiene que despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.”

2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso de apelación, por auto del 18 de agosto de 2020 se corrió traslado a las partes, por el término de cinco (5) días, para que formularan los alegatos escritos en esta instancia-folios 5 y 6 del cuaderno del Tribunal-, de conformidad

con lo dispuesto en el numeral 1º, del artículo 15, del Decreto 806 de 2020, por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. En consecuencia, se entiende surtido dicho trámite procesal en segunda instancia.

De acuerdo con constancia secretarial del 8 de septiembre de 2020, dentro de la oportunidad procesal se recibieron escritos de alegatos de ambas partes.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Alegatos de conclusión de la sociedad demandada Bustamante Mejía Ltda. en liquidación:

El apoderado judicial de la sociedad demandada, solicitó al Tribunal confirmar la decisión adoptada en primera instancia, por considerar que la misma se sujetó a las pruebas legalmente allegadas a juicio y a la normatividad que para esta clase de procesos se dispone. En particular, sostiene que, no se configuran los elementos esenciales del contrato realidad, pues, entre las partes se dio un contrato verbal de prestación de servicios para desarrollar la labor de chef en los eventos para los cuales era requerido el actor, los cuales se realizaban de manera esporádica, sin cumplimiento de un horario de trabajo y sin estar sujeto a subordinación.

3.2. Alegatos de conclusión de la parte demandante:

El apoderado judicial del demandante, solicita se despachen favorablemente las pretensiones del señor Abel Díaz Cerda por estar demostrada su situación laboral. En especial, consideró que con los testimonios quedó acreditada la subordinación del demandante por parte del señor Jorge Bustamante, quien daba las órdenes en el restaurante EL QUIJOTE, además tenía un

suelo como se estableció en la primera audiencia y tenía un lugar de trabajo que era el mismo restaurante. Por lo tanto, subsisten, los elementos esenciales del contrato realidad.

4. REQUISITOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar el recurso de apelación contra dicha decisión.

La apelación se resolverá con la aplicación del **principio de consonancia**.

Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce el presunto titular del derecho reclamado, en contra de la persona jurídica eventualmente obligada a reconocerlo.

El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insaneables.

5. ASUNTO POR RESOLVER

De acuerdo a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, los **PROBLEMAS JURÍDICOS** consisten en establecer:

(i) ¿A partir de los testimonios e interrogatorios de parte se logra probar que la prestación de servicios ejecutada por el demandante, en beneficio de la sociedad demandada, se hizo bajo subordinación laboral, y, por lo tanto, entre las partes existió una relación laboral por contrato de trabajo realidad, desde el 01 de septiembre de 2014, hasta el 16 de noviembre de 2015?

(ii) De ser afirmativa la respuesta anterior, si la relación de trabajo terminó de manera unilateral y sin justa causa, por parte de la sociedad demandada.

(iii) Finalmente, si la sociedad demandada está obligada a pagar al demandante las acreencias laborales e indemnizaciones demandadas.

6. REPUESTA AL TEMA DE LA SUBORDINACIÓN LABORAL COMO ELEMENTO PROPIO DEL CONTRATO DE TRABAJO:

La respuesta a este cuestionamiento es negativa y, por lo tanto, hay lugar a CONFIRMAR la decisión de primera instancia, al concluirse que no resulta equivocada la decisión del juez de instancia, de negar la declaración del pretendido contrato de trabajo realidad, porque, no incurrió en los errores de valoración probatoria endilgados que lo condujeron a tener por probado, las actividades o servicios personales realizados por el demandante, en favor de la pasiva, se ejecutaron en forma autónoma e independiente, tal cual lo enseña el conjunto de pruebas arrimadas al plenario, quedando en consecuencia, destruida la presunción del artículo 24 del CST.

Las razones de derecho y de hecho que apoyan esta tesis son:

6.1.- Por mandato de los artículos 22 y 23 del CST, hay lugar a declarar la existencia del CONTRATO DE TRABAJO, cuando se cumplen los requisitos de prestación personal del servicio del trabajador a favor del empleador, bajo la continuada

subordinación y dependencia y a cambio del pago de una remuneración o salario.

Conforme a las normas anteriores, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, una vez reunidos los tres elementos, se entiende la existencia del contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, en respeto del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

6.2.- A través del artículo 24 del CST, el legislador regula la presunción legal de la existencia de una relación laboral, por contrato de trabajo, cuando aparece probado el elemento sustantivo de la prestación personal del servicio por el trabajador a favor del empleador.

Se trata de una presunción legal, que puede ser desvirtuada por el empleador, probando que la prestación del servicio se realizó con autonomía e independencia por parte del trabajador, tal cual lo tiene definido la CSJ-SL, en su línea pacífica, pudiéndose consultar entre otras, las sentencias del 2 de junio de 2009, radicado 34759; del 26 de octubre de 2010, radicado 37995 y más reciente numerada CSJ-SL 1017 de 2020, en donde se fija con claridad el criterio de que corresponde al presunto empleador la carga de la prueba de desvirtuar la citada presunción.

También ha dicho la Corte Suprema de Justicia que no obstante estar consagrada la presunción del artículo 24 del CST, la parte demandante no está relevada de demostrar otras cargas probatorias, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros¹.

¹ Ver, por ejemplo: Sala de Casación Laboral de La Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de junio de 2009, radicado 34759, Magistrado Ponente: CAMILO TARQUINO GALLEGRO y sentencia del 26 de octubre de 2010, radicado 37.995, Magistrado Ponente: CAMILO TARQUINO GALLEGRO.

6.3.- Hay consenso en la jurisprudencia nacional, el elemento sustantivo de la subordinación y dependencia, es el que distingue a la relación de trabajo por contrato laboral, de cualquiera otra relación jurídica.

Para el legislador, según lo preceptuado en el literal b del artículo 23 del CST, la *subordinación o dependencia del trabajador*, para con su empleador, faculta al empleador para exigirle el cumplimiento de las órdenes que le imparta, en todo momento, respecto del modo, tiempo y cantidad de trabajo; e implica también la facultad de imponerle reglamentos de trabajo.

Pero, el empleador está obligado a respetar el honor, la dignidad y derechos fundamentales del trabajador.

6.4.- Para responder al tema central del recurso de apelación, sobre la ejecución de las labores bajo subordinación, la Sala resalta los siguientes criterios jurisprudenciales, aplicables al caso:

6.4.1. Sobre el contenido del poder subordinante del empleador, la Corte Constitucional, en la sentencia C- 397/06, al efectuar el estudio de constitucionalidad del literal b del artículo 23 del CST, expone lo siguiente:

“Esta facultad de disposición del empresario, si bien es un poder sobre la fuerza de trabajo, crea, al mismo tiempo, una relación personal entre patrono y trabajador, pues la energía de trabajo es inseparable de la persona humana y para disponer de aquella, es necesario que el obrero aplique su actividad en la forma indicada por el patrono.

“La obediencia del trabajador a las órdenes del patrono es la forma única de disposición de la energía de trabajo y es claro que el deber de obediencia constituye una relación personal, pues liga a la persona misma del trabajador, creando una relación de autoridad y, por tanto, de subordinación de la voluntad del obrero a la del patrono”

En la sentencia de T-426 de 2015, la CC, al comentar la sentencia C-154 de 1997, expone:

En el análisis de rigor, con el fin de solventar la problemática distinguió el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral mediante la contraposición de sus elementos: El contrato de prestación de servicios se caracteriza porque (i) tiene como objeto realizar una actividad relacionada con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada la entidad contratante, (ii) el desarrollo de lo encomendado es autónomo e independiente y, (iii) la vigencia del contrato es temporal. Por el contrario, el contrato laboral se trata de un vínculo mediante el cual “se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo”.

Al respecto de la disimilitud del contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, este Tribunal sostuvo que “ el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”.

6.4.2. Por su parte, la CSJ-SL, en la sentencia del 25 de agosto de 2009, radicado 35910, sigue la línea que de antaño se ha aplicado y viene siendo reiterada en la actualidad, cuando afirma:

*“Además de lo anterior, en sede de instancia cabe destacar, que la Sala Laboral de la Corte ha dicho que **la subordinación se***

debe analizar bajo la naturaleza de la labor que desempeñe el prestador del servicio, y del conjunto de circunstancias en que éste se desarrolle o ejecute.”

(... ...)

“Al respecto, en sentencia del 21 de febrero de 1984, radicación 7144, se dijo que:

“Respecto del elemento subordinación se han elaborado diversas teorías como la personal, la económica y la jurídica; esta última es la que ha tenido mayor aceptación por la doctrina y la jurisprudencia, y se le hace consistir en la posibilidad jurídica que tiene el patrono para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento, y en la obligación correlativa del trabajador para acatar su cumplimiento. Sin embargo, no es necesario que esa facultad sea constante, que se ejerza continuamente, aunque el patrono puede ejercerla en cualquier tiempo.

“Pero el grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor de que desempeñe el trabajador, y así por ejemplo en el desempeño de labores técnicas o científicas el grado de subordinación es casi imperceptible, y lo mismo se puede decir de los trabajadores calificados. ...” (Negrilla fuera del texto original).

En la sentencia de la CSJ-SL identificada con el número SL4143 de 2019, se afirma:

Y sobre el particular, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el acatamiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

Por otra parte, es preciso indicar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

6.4.3. En relación al cumplimiento de horarios de trabajo, se estima necesario traer a mención el criterio de la CSJ-SL, expuesto, por ejemplo, en la sentencia del 22 de octubre de 2014, radicación n° 40604 (SL14481-2014), en donde deja ver que pese a que la existencia de un horario es un elemento indicativo de la presencia de subordinación, “...no necesariamente unívoco, concluyente y determinante, porque como lo ha explicado también la jurisprudencia de la Sala, la fijación del tiempo que ha de emplear quien presta el servicio en su actividad puede darse en otro tipo de relaciones jurídicas, sin que por ello se entiendan forzosamente signadas por la subordinación laboral (...)”.

Adicionalmente, ha sido del criterio jurídico del Tribunal de cierre de que “...la vigilancia, el control y la supervisión que el contratante de un convenio comercial o civil realiza sobre la ejecución

y las obligaciones derivadas de tal relación, en ningún caso es equiparable a los conceptos de subordinación y dependencia propios del contrato de trabajo, pues estas últimas son de naturaleza distinta de aquellos.” (CSJ-SL, sentencia del 29 de julio de 2015, radicación nro. 44519).

En ese orden de ideas, esta premisa es pacífica y no admite discusión que el cumplimiento de horarios no es por sí solo una prueba de subordinación y así lo hizo saber la CSJSL en reciente sentencia del 17 de junio de 2020, SL2188-2020, radicación n° 79720; por lo que son las particularidades del caso las que nos permitan establecer frente a qué tipo de contratación nos encontramos.

6.5. Con estas reglas jurídicas y jurisprudenciales, procede la Sala al respectivo análisis del caso, aplicando para ello lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPLSS, donde se fijan las reglas que debe seguir el juez laboral, al momento de la valoración de los medios de prueba:

6.5.1.- De la revisión de la prueba documental de la cual no hubo reparos en el transcurso del proceso, aparece probado, con el certificado de la Cámara de Comercio del Cauca -folios 13 a 15, del cuaderno de primera instancia-, que, la sociedad BUSTAMANTE MEJÍA LTDA EN LIQUIDACIÓN con fecha de matrícula julio 08 de 2005, tiene como actividad principal: “Actividades inmobiliarias realizadas con bienes propios y arrendados” y su objeto social, entre otros, es la operación y explotación de negocios de restaurante.

La citada sociedad tiene registrado como de su propiedad el establecimiento de comercio EL QUIJOTE TERRAZA BARBACOA, donde el señor Jorge Diego Bustamante Piedrahita aparece como arrendatario.

6.5.2.- También se aportaron tres (3) constancias de pago a folios 58 a 60 ibidem, de fechas 16 y 3 de noviembre de 2015, donde el señor Jorge Diego Bustamante Piedrahita manifiesta que ha quedado a paz y salvo por todo concepto laboral con el

señor Abel Díaz. Dos de esas constancias, son firmadas además por dos testigos, Alexandra Ortiz y José Humberto Londoño, pero, no tienen la firma del demandante, señor Abel Díaz Cerda.

En concreto, en las constancias de folios 59 y 60 aparecen respectivamente dos pagos de \$1.000.000 y \$1.500.000 que comprende los días trabajados del 1 al 10 de noviembre de 2015 y del 16 al 31 de octubre de 2015.

Además, se aportó al plenario una copia de lo que parece ser un libro o planilla, donde se registran entre el mes de enero y octubre de 2015 unos pagos dados al señor Abel Díaz, indicándose fecha (día, mes y año), seguido de la expresión: “*se le da por evento*” (folios 61 a 63, *ibidem*). Estos documentos no tienen logo o nombre de la sociedad demandada, tampoco del establecimiento de comercio que registra bajo su propiedad - restaurante El Quijote- y la firma en ellos contenida no expresa a quién pertenece.

En el interrogatorio de parte al demandante, se le puso de presente estos documentos para su reconocimiento y aceptó que la firma que allí aparece es la suya.

6.5.3.- Del examen de la prueba testimonial, se resalta:

Se recibieron los testimonios de MARÍA NELLY CERÓN URIBE y JORGE BUSTAMANTE:

La primera de las nombradas, cuyo testimonio fue tachado por sospecha desde la contestación de la demanda, manifestó que conoce al demandante ya que son amigos y trabajaron juntos en El Quijote. Explica que el señor Abel Díaz Cerda laboró del 1 de septiembre del 2014 al 16 de noviembre del 2015, de domingo a domingo, como chef, recibiendo órdenes de los señores Ana María y Jorge. Más adelante señala que el demandante fue contratado por prestación de servicios y que concurría casi todos los días a eventos.

Al finalizar su testimonio, la señora María Nelly Cerón Uribe, al

responder las preguntas del juez, dice que el señor Abel Díaz Cerda era el Jefe de Cocina y ella era su auxiliar y que sus funciones consistían en “*Mandar al auxiliar*”; que a veces le colocaban el menú, pero acepta que en otras ocasiones tenía autonomía para definir los platos.

Por su parte, el testigo Jorge Bustamante manifestó que conoce al demandante porque trabajaron juntos y que el señor Abel Díaz Cerda celebró con su hija un contrato de prestación de servicios verbal en el que el actor era el que sacaba los platos de la recepción y hacia el plato del día, los días viernes, sábados, fines de semana; respondiendo afirmativamente que no se le fijó un horario de trabajo sino por eventos que el establecimiento de comercio señalaba.

Cuando se le pregunta por la autonomía en la preparación de los platos señaló lo siguiente: “*...sí señor, lo que él hiciera y lo que él ofreciera...*”.

6.5.4.- Además, se absolvió interrogatorio de parte al demandante y a la representante legal de la sociedad demandada, ANA MARÍA BUSTAMANTE MEJÍA, los cuales se sintetizan de la siguiente manera:

- La señora ANA MARÍA BUSTAMANTE MEJÍA, como representante legal de la sociedad BUSTAMENTE MEJÍA LIMITADA, acepta que tuvo un vínculo con el señor Abel Díaz Cerda, alrededor del año 2015 y finales de 2014 por medio de prestación de servicios para eventos del restaurante, negando que se manejara un horario.

Refiriéndose al demandante, indicó: “*...hacia las sugerencias del día en las horas del almuerzo y nos ayudaba con los eventos los fines de semana y a veces desde el jueves (...)*”.

Más adelante advirtió: “*...él mismo era el que determinaba qué hacer. (...) él mismo tenía su propia libertad para proponer qué clase de plato íbamos a ofrecer al almuerzo. De hecho, no necesitamos que él esté en las noches porque en las noches la audiencia de público ya es mínima*”.

En cuanto al lugar de prestación del servicio, señaló la representante de la sociedad demandada que el señor Abel Díaz Cerda se desempeñaba en esa labor de chef en una segunda cocina del restaurante, donde se manejaban los eventos, y no tenía jefe, ni era subordinado, ya que era una persona que les prestaba un servicio particular para clientes.

Frente a órdenes e instrucción, expuso la interrogada que: *“...él tenía autonomía para sacar los platos, ..., yo no estaba pues implantando órdenes, nos poníamos de acuerdo, era una relación así de mutuo acuerdo para trabajar.”*

- El demandante en su interrogatorio dijo: *“...el cargo mío era jefe de cocina, yo mandaba, yo organizaba eventos, yo trabajaba a veces de 8 a 1, de 7 a 1, de 11 a 11, de 11 a 2 a veces”* y añade que cuando realizó el contrato verbal con la compañía Bustamante Mejía se estipuló un horario de 8 horas, de acuerdo a lo que le decían don Jorge y Ana María.

Finalmente, el señor Abel Díaz Cerda reconoce las constancias de pago que obran en el expediente y que se le ponen de presente por parte del abogado de la demandada, aceptando su firma contenida en las constancias.

Conclusiones:

1. Demostrado como quedó, con los hechos confesos al contestar la demanda, testimonios e interrogatorios de parte, planillas y certificados de pago, el primer requisito de la prestación personal de los servicios por el demandante en favor de la sociedad demandada, como chef en el Restaurante EL Quijote – Terraza Barbacoa, establecimiento de comercio registrado a nombre de la demandada Bustamante Mejía Limitada en liquidación, surge a la vida jurídica la presunción establecida en el artículo 24 del CST, es decir, de la existencia de un contrato de trabajo.

Sin embargo, se debe recordar que, por razón de la aplicación de esa presunción, el elemento sustantivo de la subordinación se presume y le corresponde a la parte demandada destruirla,

probando que los servicios se prestaron con total autonomía e independencia por el actor.

2. Al realizar la revisión y valoración de los medios de convicción ordenados y practicados, la Sala llega a la convicción, la parte demandada destruyó la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo, porque hay evidencias probatorias contundentes de la realización de las labores por el demandante con total autonomía e independencia.

A esta conclusión se arriba, porque, si bien la testigo María Nelly Cerón Uribe, quien manifestó haber sido auxiliar de cocina del demandante cuando éste prestó sus servicios para la sociedad demandada, dijo en su testimonio que el señor Abel Díaz Cerda cumplía un horario y recibía órdenes de la señora Ana María -representante legal de la demandada-, y del señor Jorge; en todo caso, la testigo en su declaración aceptó que en ocasiones el actor tenía autonomía para definir los platos y además, la testigo acepta que no siempre prestó sus servicios en el mismo horario que el demandante; versiones últimas que restan credibilidad a sus primeras afirmaciones.

Por otra parte, con el testimonio del señor Jorge Bustamante, se confirma lo sostenido por la sociedad demandada al contestar la demanda y las declaraciones de su representante legal, acerca de la contratación del actor para los eventos que el establecimiento de comercio señalaba.

Conforme a estos medios de convicción, la Sala constata que la pasiva logró demostrar que no impuso horarios, tampoco órdenes e instrucciones al demandante, para la ejecución de la labor contratada.

Lo convicción anterior adquiere mayor sustento, al revisar la documental a folios 59 a 63, en cuanto a que, en las planillas y constancias de pago aportadas, que no fueron objeto de tacha, y reconocidas por el actor en el interrogatorio de parte, se evidencian pagos realizados al demandante por parte de la demandada, por concepto de “eventos” o períodos de tiempo no continuos; lo que hace surgir de forma incontrastable que el

accionante no cumplía un horario de domingo a domingo, de 11 am a 11 pm como se alega en la demanda, sino que era llamado cuando se le requería.

Y, aunque en una de esas constancias de pago se colocó la expresión “*días trabajados*”, la realidad muestra que, en el caso de marras, ciertamente, no se constató la existencia de actos subordinantes, pues si bien está demostrada la prestación del servicio a cargo del demandante, paralelamente también están acreditadas las condiciones de independencia y autonomía en el desarrollo de su labor como chef.

3. Ahora bien, no es cierto como se afirma en el recurso de alzada, que la sola contratación verbal es un hecho indicativo de subordinación jurídico laboral, cuando es el propio demandante en su interrogatorio, pese a señalar que se le fijó un horario, el cual no fue demostrado, acepta y reconoce que su cargo era jefe de cocina y que él “*mandaba, (...) organizaba eventos, (...) trabajaba a veces de 8 a 1, de 7 a 1, de 11 a 11, de 11 a 2 a veces*”; prueba de confesión más que concluyente para esta Sala de que no hubo subordinación, dadas las condiciones particulares como se ejerció el servicio contratado.

4. Por demás, siguiendo la tesis de la CSJ-SL atrás reseñada, el hecho de recibir ciertas instrucciones sobre la correcta prestación del servicio o cumplir determinados horarios, como es el caso de los eventos que debía cumplir el Restaurante El Quijote, como fiestas de primera comunión o matrimonios, entre otros, no constituyen elementos de una relación laboral subordinada, sino que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre el contratista vinculado mediante contrato de prestación de servicios y la sociedad BUSTAMANTE MEJÍA LIMITADA (en liquidación) para la correcta ejecución de sus labores, en aras de prestar un mejor servicio.

5. En conclusión, no erró el juez en su apreciación probatoria y en tal medida, como no hay más cuestionamientos del recurso

de apelación por resolver, la Sala procede a confirmar la sentencia de primera instancia que negó la existencia de un contrato de trabajo realidad, entre las partes.

7. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del principio de integración establecido en el artículo 145 del CPLSS, **ésta Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante**, por resultar desfavorable el recurso de apelación propuesto por su apoderado.

Las costas se fijarán por el Magistrado ponente, en la oportunidad procesal, a voces de los artículos 365 y 366 del CGP.

8. DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia de primera instancia proferida el diecinueve (19) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por el señor ABEL DÍAZ CERDA, contra la sociedad BUSTAMANTE MEJÍA LTDA. EN LIQUIDACIÓN, por las razones jurídicas expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas de segunda instancia a la parte demandante y apelante, señor Abel Díaz Cerda, a favor de la demandada.

La cuantificación de las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

TERCERO: Devuélvase el expediente al juzgado laboral de origen, previo registro de su salida definitiva.

CUARTO: Por Secretaría de la Sala Laboral, **NOTIFÍQUESE POR ESTADO ELECTRÓNICO** esta providencia a las partes y sus apoderados; además, remítase copia de esta providencia a través de los correos electrónicos proporcionados para notificación. Lo anterior, acogiendo los lineamientos establecidos en el Decreto 806 de 2020.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE

Los Magistrados,



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
(Sin firma por ausencia justificada)



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA