

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

M. P. DOCTORA DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE: CAROL VIVIANA HIGUERA DIAZ
DEMANDADO: FUNDACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE
INVESTIGACIONES OFTAMOLÓGICAS –FICIO-**

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, salvo mi voto, al no estar de acuerdo con la decisión adoptada mayoritariamente por la Sala, como paso a explicar.

En dicha providencia, se concluyó que entre las partes existió contrato realidad y, en tal virtud si dispuso imponer condenas a la parte demandada.

Contrario a ello, consideró que en el presente caso y, conforme a las pruebas arrojadas al informativo, quedó desvirtuada la presunción del artículo 24 del CST, tal y como lo sostuvo en la ponencia que me fue derrotada.

En efecto, en el presente caso, se tiene que la demandante fue contratada por la institución demandada para ejercer su profesión de optómetra, siendo dicha actividad catalogada como de profesiones liberales, frente a lo cual la Corte Suprema Sala Laboral ha considerado que en estos casos también debe aplicarse la presunción legal del artículo 24 del CST, sin exigirse requisitos adicionales más que la demostración de la prestación personal del servicio. Al respecto debe tenerse en cuenta lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1439-2021, donde dijo:

Los trabajadores cualificados, como los de las profesiones liberales, gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo -para eso se les contrata-. Respecto de ellos la subordinación no se expresa como frente a los obreros de las fábricas¹ o los trabajadores no cualificados, pues poseen una relativa libertad de trabajo. La doctrina ha señalado que en estos casos «el poder de dirección no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan sólo [sic] en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de la prestación»². Por consiguiente, la subordinación en las profesiones liberales recibe una respuesta adecuada a partir del criterio de la integración en un servicio organizado, que implica la dirección, no tanto del contenido de las prestaciones, sino de las condiciones de su ejecución (intuitu personae, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministradas por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo).

Conforme al anterior criterio, al revisar el material probatorio con el fin de verificar las condiciones de su ejecución y, si en efecto la demandante se encontraba bajo subordinación de la demandada, se tiene lo siguiente:

En el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la entidad demandada, Adriana Reinoso Suárez reiteró lo dicho en el escrito de contestación, esto es, que a la señora Carol Viviana no se le imponían horarios y que ejercía su profesión no solo para la institución accionada, si también para otras instituciones de manera libre; de lo cual se destaca:

- ¿Conoce usted si la Doctora Carol en su permanencia en la institución cumplía horarios dentro de la misma?

No, se le asignaban citas que debían atender a sus pacientes, pero no cumplía horarios. Ella asistió siempre a congresos, pero simplemente avisaba que no podía ir y se ausentaba, hizo una subespecialidad en administración en salud, la hizo durante ese tiempo, pero no cumplía horarios.

La demandante CAROL VIVIANA HIGUERA en la versión rendida en el interrogatorio de parte, manifestó:

- ¿En qué año se afilió como trabajadora independiente en la EPS COLSANITAS?

¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. La deconstrucción del derecho del trabajo. Madrid: La Ley, 2010. Como lo señala el citado autor, «en el contrato de trabajo no ha cambiado la obediencia, aspecto pasivo, que continúa siendo la misma que hace siglos, sino el modo de ejercer el poder de dirección y control... ya no se ejerce por órdenes de viva voz, a toque de sirena, ni se controla por el listero a la entrada de la factoría, pues el control se verifica por ordenador o en todo caso por medios electrónicos. Lo que evoluciona en el contrato de trabajo no es tanto la obediencia, para resumir, sino el poder de dirección, más exquisito y refinado, menos inmediato que en otros tiempos, pero igualmente efectivo» (p. 481).

² SUPLOT, Alain. Crítica del Derecho del Trabajo. España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 190.

No recuerdo exactamente, casi alrededor del 2004 o 2005.

- ¿Diga cómo es cierto sí o no, de acuerdo a la hoja de vida que reposa y que fue actualizada por usted y que aparece en la hoja de vida de la fundación, usted trabajaba como profesional independiente en el consultorio privado del Doctor Naranjo?

Es así.

- ¿Qué tiempo?

No tuve tiempo fijo, empecé a trabajar con él en las horas de la tarde sobre el 2006, incluso él estaba vinculado con la fundación como trabajador también,

-Ósea ¿usted trabajaba en la fundación y también con el Doctor?

Fuera del horario que debía cumplir en la fundación.

De otro lado, de la prueba testimonial se resalta:

El señor FERNANDO ROJAS, indicó ser oftalmólogo oncólogo, haber trabajado para la institución en muchas épocas en el cargo de oftalmólogo; que conoció a la demandante más o menos en el año 2022, cuando estaba realizando su residencia; afirmó que ella debía cumplir un horario de trabajo; sosteniendo:

- ¿Recuerda cual era?

De hecho, es el mismo que yo tenía cuando yo trabajaba allá, era de 8 a 12 y de 2 a 4 o 5 de lunes a viernes, y los sábados de 8 a 12.

- ¿Quién les imponía este horario?

Digamos que esa era la agenda, no recuerdo como era el contrato que yo tenía en el instituto, pero digamos que esa era la agenda y toda la vida fuera así, nunca me interese en saber quién lo ponía.

- ¿Usted sabe o le consta quien le daba instrucciones de como cumplir sus funciones a la Doctora Carol Viviana Higuera?

Pues el Doctor Reinosos, siempre fue la cabeza del instituto, él era el máximo dirigente.

- ¿Usted sabe o le consta si además del horario que ha referido usted, la demandante Carol Viviana cumplía otro horario adicional?

Ella es también especialista en cosas administrativas, no sé exactamente en que, ella también trabajaba cuando se impuso las normas de la Secretaría de Salud, ella trabajaba en eso también fuera del horario.

- ¿Sabe usted si los profesionales de las instituciones mientras usted trabajo dentro de la misma, podían ausentarse de manera voluntaria o arbitraria, para el cumplimiento de sus labores?

De hecho, cuando estuve allá dependía de su agenda, si uno terminaba su agenda se podía ir.

- ¿Qué tipo de requisito tenía que cumplir un profesional para que se le asignara el pago dentro de la institución; es decir, ¿cómo se le cobraba?

El pago se manejaba como unos volantes, había diferentes tarifas y de esa tarifa le correspondía al profesional X porcentaje y finalmente, la administración hacía la cuenta y le decía “aquí esa su cheque”.

La señora GLORIA STELLA CASTAÑEDA dijo haber laborado para el instituto demandado durante 26 años como Secretaria del Doctor Reinoso entre el 1° de agosto de 1989, a junio de 2016, oportunidad en la cual conoció a la

demandante; aseguró que en centro médico para su época contaba con 3 a 4 optómetras; frente al contrato suscrito entre la Carol Viviana y la demandada, afirmó:

- *¿Usted tuvo conocimiento o vio en algún momento el contrato de prestación de servicios que suscribió la Doctora Carol Viviana Higuera?*
Sí.

- *¿Qué recuerda de ese contrato?*

Se escribía que era de prestación de honorarios, la fundación prestaba las instalaciones, lo que era parte médica, las hojas de descripciones, les daban lo que eran las batas, botas, se prestaba el servicio de secretaría, recepción; ósea todo se les hacía, consulta, exámenes, todo. Ahí también se daba un parte de confidencialidad que, si había algún invento o algo por parte ellos, pertenecía a la fundación. Y de la consulta que realizaba o exámenes, se les daba un porcentaje, exacto el porcentaje no me acuerdo.

- *¿Estos porcentajes como se le pagaban a la doctora Carol Viviana?*

En una época se pagaba cada 15 días, generalmente era cada 15 días.

- *¿La Doctora Carol Viviana y los demás optómetras debían cumplir con algunos requisitos para que se les reconocieran?*

Sí, ellos debían estar en el horario cuando se citaban los pacientes, generalmente se citaban entre las 8 de la mañana hasta cuando se acabará la consulta, luego se volvió a abrir a medio día y se cerraba a veces a las 5 o cuando se acabará la consulta, entonces se programaba cada 15 o 20 minutos, se hacían con optometría y con oftalmología.

- *¿Este horario que usted ha referido quien lo ordenaba?*

El doctor Reinoso, eran sus políticas.

- *¿Usted recuerda cuantas citas atendía la Doctora Carol Viviana aproximadamente en una jornada como las que usted ha referido?*

Eso era relativo, a veces cuando estaba buena la temporada veían por ahí unos 24 pacientes, dependía porque a veces también veían tema de los exámenes o lentes, era muy relativo.

- *¿Conoce usted si la Doctora Carol tenía algún supervisor, jefe o alguien que le dictara ordenes de cómo debía prestar el servicio?*

*El Doctor Reinoso les especificaba lo que tenían que hacer, o sea él les daba su función... **que si ella de pronto se iba a retirar debía avisar con tiempo...***

- *¿Si la doctora Carol o cualquier otro profesional mientras usted dentro de la institución, tenía algún tipo de urgencia familiar y debía aplazar una cita, que procedimiento tenía que surtir?*

Generalmente tenía que informársele al Doctor Reinoso para que el autorizará ... o ya me avisaban y yo le avisaba al Doctor Reinoso, y si iban a salir a vacaciones, por ejemplo, tenían que avisarlo por anticipado y ahí ya se cuadraba la agenda para los otros optómetras.

- *¿Cómo era ese procedimiento de las vacaciones?*

Eso los tomaba el profesional en los días que quisiera tomarlos y pasaba la carta para informarle al Doctor y cuadrar las citas en donde iba a estar ese profesional, para que se le diera los pacientes a otro profesional o acomodar la agenda.

- *¿Sabe usted si la institución manejaba algún tipo de horario?*

Claro, el horario de atención al público era generalmente de 8 am hasta las 12, dependía de la cantidad de pacientes, en la tarde era más o menos de 2pm a 5 pm, pero dependía de la cantidad de pacientes.

La señora MARYURI YADIRA TRIANA PINZÓN, dijo que laboró para la entidad demandada casi 13 años, desde el 5 de febrero de 2007, hasta el 15 de octubre de 2019; que ingresó como mensajera y después subió al cargo de auxiliar administrativa, siendo la encargada del archivo; en lo referente al contrato de la demandante arguyó:

- *¿Puede usted informar si la doctora caro tenía que pedir permiso para ausentarse de una cita el mismo día u otro diferente?*

Ella no pedía permiso, informaba de pronto, porque permiso lo pedíamos nosotros que éramos los empleados, pero ella simplemente avisaba: no voy a venir, estoy de viaje o estoy estudiando, ella informaba, pero no pedía permiso, pues siempre había más profesionales en la institución, entonces se cubrían.

Como era el procedimiento, si por ejemplo hoy la Doctora Carol tenía 4 citas y no podía atender 2, ¿Cómo funcionaba?

Ahí como hay varios optómetras, entonces uno coge un paciente y el otro coge otro, por eso prácticamente les convenía estar ahí, porque entre más pacientes vieran más plata ganaban, pero ellos sabían en su agenda que pacientes tenían y así mismo llegaban temprano, no iban o así.

- *¿Usted como trabajadora con contrato laboral y sus otros compañeros, las condiciones eran iguales a la de la Doctora Carol o demás optómetras que estaban con contratos de prestación de servicios?*

No, porque nosotros cualquier cosa era con el Doctor, porque él nos contrató y era por un contrato como empleados fijos, por nómina y con sueldo; mientras que los médicos y optómetras ellos sí tienen pacientes van o si no tienen pacientes no van.

- *¿Cuándo se habla de la agenda para los optómetras, puede informarnos si se cumplió la agenda podía retirarse de la institución?*

Sí claro, si ya no había pacientes ellos se iban porque a que se quedan, si no hay paciente se van.

- *¿La doctora Carol tenía que cumplir el horario que ustedes tenían?*

No, lo que pasa es que a la Doctora Carol le gustaba así mismo por lo que los pacientes venían, le gustaba estar tempranito para coger los pacientes, porque eso a medida que van llegando se les va dando el paciente, entonces si ven 10 ganan por 10, si solo ven solo 1 ganan por 1, les conviene estar todo el tiempo.

- *¿Usted sabe si la Doctora Carol durante su periodo de estar como prestadora de servicios en la fundación, prestó el servicio para otra institución u otro profesional?*

Ella trabajaba para Opticentro creo que era, iba y hacía consultas y a un doctor que trabajaba ahí también que se independizó, el Doctor Naranjo.

- *¿Sabe en qué momento ella lo hacía, Si usted ha referido que estaban en determinados horarios con el instituto?*

Cuando ella tenía pacientes y de pronto la llamaba el otro doctor porque tenían un paciente, ella se iba a tenderlo y después volvía o si ya no había pacientes, ya no volvía a la institución, pues ellos como manejan su tiempo.

Por último, el señor BRITTER ARMANDO LAVERDE RODRÍGUEZ, manifestó que es médico oftalmólogo; que laboró para la demandada durante 25 años hasta septiembre de 2019; en cuanto a la relación laboral que tuvo la demandante con la institución, señaló:

- *¿Sabe o le consta si ella tenía un horario establecido por el instituto para realizar estas tareas establecidas?*

*Lo que pasa es que, en esas cuestiones de la medicina, no es como si fuera una empresa digamos de camisas, uno puede fijar el horario de acuerdo digamos «yo puedo ir a la fábrica de 1pm a la 10pm» perfectamente eso. **Lo que pasa es que los médicos y optómetras tenemos alguien intermediario que es el paciente, si el paciente dice que quiere una cita a las 8am yo digo si puedo o no puedo; si puedo asistir pues lo atiendo, sino puedo pues se nombra otro profesional para que lo atienda en mi nombre. Es por eso que hay que cumplir un horario, pero antes que, a la entidad, al paciente.***

- *¿Qué tipo de contrato tenía con la fundación?*

En un comienzo como les decía anteriormente trabajé con ellos 25 años cuando empecé a trabajar, el Doctor Reinoso que en ese entonces era el director, me dijo que si quería un contrato laboral y yo le dije que sí, pero después de dos meses, me di cuenta que los demás tenían un contrato de prestación de servicios y les iba mucho mejor, porque uno trabaja de acuerdo a los pacientes que ve o cirugías que uno haga y así era más rentable, entonces desistí a los dos meses del contrato laboral y le dije que yo quería prestación de servicios y así lo ejercí en los 25 años [...].

- *¿Durante que usted estuvo en la fundación recibía órdenes por parte del presidente o representante legal de la fundación?*

*Ordenes nunca, **había organización**, es como le digo yo puedo trabajar con la optómetra Ramírez por decir una persona y yo citó a mi paciente a las 8, por eso les explicaba de que nosotros trabajamos mancomunadamente, por eso me parece importante explicar eso porque nos acostumbrando a trabajar con nuestra mano derecha que es el optómetra; yo puedo decirle al paciente que lo veo a las 8 y la doctora Ramírez me dice que lo ve a las 12, no podemos dejar al paciente de las 8 a las 12, tenemos que tener más que horario una organización, si nos ponemos con la doctora Ramírez que vamos a ver al paciente a las 12, ambos los vemos a las 12, pues sino serían 5 horas de espera, porque la doctora quiere así. Yo diría que las órdenes el recibo del paciente, yo me fui para Argentina 3 meses a pasear y a hacer un curso, después me fui para Miami mes y medio, y nunca me dijeron «usted no puede ir».*

- *¿Usted sabe o conoce si la Doctora Carol tenía pacientes particulares o trabajaba en otro sitio prestando los mismos servicios durante la permanencia en la fundación?*

Pues, tengo idea, pero no me consta, que ella trabajó con el doctor Jairo Naranjo y no sé si alcanzó a trabajar con el Doctor Juan Manuel, pero en todo caso uno podía trabajar con el que quisiera, yo por ejemplo cuando estuve trabajando en los últimos 10 años, trabajaba con Opticentro y ahí están las constancias, trabajaba con el Instituto Colombiana de Cirugía Ocular, que antes de llamarse FICIO se llamaba ICCO, yo trabajé mucho tiempo con ellos y no hubo problema.

Del análisis objetivo de las anteriores pruebas, se puede extraer que la actora no tenía un horario como tal, sino que se realizaba un agendamiento por parte de la llamada a juicio para la atención de los pacientes, lo cual permitía una organización, sin que ello impusiera el cumplimiento del mismo, tal y como lo afirmaron Gloria Stella Castañeda, Maryuri Yadira Triana Pinzón y Britter Armando Laverde Rodríguez; incluso aseguraron que la Doctora Higuera Díaz podía ausentarse si lo requería, solo que debía informar a fin de que la cita fuera agendada a otro médico.

Lo anterior, concuerda con lo plasmado en el contrato de prestación de servicios en sus cláusulas cuarta y quinta (f° 5), pues si bien allí se especifica que la labor debe ser permanente, más adelante refiere que de no cumplirse deberá suministrar personal idóneo para su remplazo, circunstancias que permiten evidenciar la libertad y autonomía con que la señora CAROL HIGUERA ejercía su actividad profesional, pues era ella misma quien podía escoger quien la remplazaría, pues bastaba con informar a la entidad para que ellos procediera con el agendamiento con otro médico que también prestará el servicio en dicho centro oftalmológico, lo cual es una muestra clara de su total independencia para ejercer su actividad como profesional de la salud en optometría.

A lo anterior se suma, que la demandante no tenía exclusividad laboral con la institución llamada a juicio, puesto que podía realizar su actividad en otros lugares diferentes; debe resaltarse también, lo dicho por Maryuri Yadira Triana Pinzón y Britter Armando Laverde Rodríguez en cuanto a que los porcentajes de honorarios dependía de los pacientes atendidos, aspecto que explica las razones de permanencia de la actora en el centro oftalmológico demandado, pues ello le generaba más honorarios, lo cual nada tiene que ver con la imposición de un horario, pues resulta lógico y entendible que la institución deba tener un cronograma para el agendamiento de citas, las que como bien lo dijo el testigo Britter Armando Laverde Rodríguez, estas dependen es de los pacientes, más no del instituto enjuiciado.

De otro lado, si bien el testigo Fernando Rojas fue el único que afirmó que la accionante debía cumplir un horario, no da mayores explicaciones de cómo era impuesto el mismo; por el contrario, cuando se le pregunta quién era el encargado de imponer el mismo, afirma no saber quién lo hacía, lo que permite establecer que no existía una persona como tal que diera órdenes a los médicos que prestaban el servicio dentro de la entidad, tal como lo aprueban los demás testigos.

Ahora bien, en cuanto a las pruebas documentales aportadas al plenario, considero, que las mismas tampoco conducen a acreditar la existencia de la relación laboral alegada; si bien a folio 42 se encuentra un escrito suscrito por la promotora del proceso y dirigida al señor Salomón Reinoso en el cual se solicita una licencia por 30 días, tal documento lo que confirma es lo dicho en las declaraciones rendidas por los deponentes; esto es, poner en conocimiento a la entidad sobre su ausencia a fin de poder reprogramar el agendamiento de citas.

En lo que respecta al llamado a descargos, si bien no fue la manera más adecuada en la que actuó la parte demandada, pues claramente este tipo de diligencias únicamente corresponde a los asuntos laborales para la imposición de sanciones disciplinarias o determinación de un contrato por justa causa, ello no le resta credibilidad a los demás elementos probatorios que fueron recaudados en el presente caso y que dejan en evidencia la ausencia de subordinación, de manera que con esa sola prueba no puede considerarse la existencia de una relación laboral.

Bajo tales postulados, fácil resulta concluir que el *a quo* no se equivocó en descartar la existencia de un contrato laboral, pues claramente no se dan los elementos del mismo, toda vez que la demandante podía ejecutar su profesión en la convocada a juicio de manera independiente y a su vez prestar sus servicios a otras instituciones sin restricción alguna; aunado a ello, no se evidenció la imposición de órdenes o instrucciones para el desempeño de su actividad profesional, llamados de atención, solicitudes de cumplimiento de horarios o de la disponibilidad del servicio, ni la existencia de un solo beneficiario del servicio, pues como bien se ha dicho la actora recibía un porcentajes por paciente atendido, circunstancias estas que conducen a sostener que se encuentra desvirtuada la presunción del artículo 24 del CST, pues conforme al material probatorio examinado, no se logra extraer que la señora Higuera estuviera bajo la continuada subordinación y dependencia de la enjuiciada y, por el contrario, ejerció su actividad como profesional de la salud como optómetra, de manera autónoma e independiente.

Finalmente, en lo que respecta a los perjuicios reclamados, los mismos tampoco están llamados a una condena, pues como bien lo manifestó el *a quo*, no existe probanza alguna que acredite el perjuicio señalado por el recurrente que le ha generado la demandada en razón al despido, siendo un aspecto fundamental

para su imposición, tal como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL572-2018, en la que dijo:

Cabe destacar sobre el punto que no existe ninguna prueba dentro del proceso que acredite el daño moral sufrido por los demandantes, de suerte que éste no puede ser presumido, tal como lo pretenden los apelantes, al afirmar que la sola conducta de Comfama, en cuanto a que provocó un error en los trabajadores, debe conducir a su imposición, pues claramente el juez debe tener plena certeza de que se generaron en cada caso concreto, a partir del examen de los medios de convicción arrimados al plenario, de donde se impone el no reconocimiento de este concepto.

Acorde con lo expuesto, considero que no había lugar a declarar la existencia de contrato realidad e imponer condenas a la convocada a juicio, por lo que debió confirmarse la decisión absolutoria de primer grado.

En lo anteriores términos salvo mi voto.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado