



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

Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número 008

Audiencia número 029

En Santiago de Cali, a los once (11) días del mes de marzo de dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación interpuesto por el mandatario judicial de la demandada contra la sentencia número 535 del 20 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por la señora ELIANA PATRICIA CARDENAS LEMOS contra CENTRO ESPECIALIZADO EN MEDICINA DEL TRABAJO CEMET SAS.

ALEGATOS

Dentro del término legal el mandatario judicial de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión ante esta instancia, considerando que el vínculo que la unió con la demandada fue un contrato de prestación de servicios y no laboral, porque no estuvo presente el elemento de subordinación, además la actora gozó de un horario flexible para la atención



de pacientes. Considerando que al no existir vinculo laboral no hay lugar a las acreencias laborales a las que fue condenado.

Como quiera que no se decretaron pruebas en esta instancia, a continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 028

Pretende la demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo, que estuvo vigente, entre el 8 de noviembre de 2015 al 22 de marzo de 2017 y del 23 de marzo al 30 noviembre de 2017, el que terminó sin justa causa, que como consecuencia de ello se condene al pago de los salarios dejados de percibir entre el 01 de diciembre de 2017 y el 22 de marzo de 2018, indemnización por despido injusto, cesantías, intereses las cesantías, vacaciones, prima de servicio, cálculo actuarial, indemnización moratoria por no pago de los derechos laborales e indexación.

En sustento de esas pretensiones, manifiesta la promotora de esta acción:

- Que laboró al servicio de CEMET SAS, ejecutando funciones de Fonoaudiología, desde el 28 de agosto al 7 de noviembre de 2015, mediante contrato verbal, que posteriormente fue escrito, del 8 de noviembre de 2015 al 22 de marzo 2017 y del 23 de marzo a 30 de noviembre de 2017, cuando fue despedida sin mediar justa causa y sin consideración que el contrato se había pactado hasta el 22 de marzo de 2018.
- Que para el primer contrato escrito el salario pactado fue de \$600.000 pero los ingresos reales fueron en promedio \$1.925.000.
- Que para el segundo contrato, que lo fue escrito, el salario pactado fue de \$1.700.000, más un ingreso variable proporcional a la cantidad de pacientes atendidos, siendo en promedio \$2.478.750.



- Que su desvinculación obedeció a la intencionalidad del empleador de contratar otra profesional para las mismas funciones asignándole un horario más extendido y con condiciones más favorables para el empleador.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

CENTRO ESPECIALIZADO DE MEDICINA DE TRABAJO CEMET SAS, dio respuesta a la acción, aceptando el vínculo sostenido con la demandante, en las fechas indicadas, la labor desempeñada y los valores pactados, clarificó que entre las partes suscribieron tres contratos civiles de prestación de servicios, sin subordinación o control alguno. Expresa no constarle el promedio de los honorarios percibidos por la demandante y por último, manifestó que desconoce los motivos que llevaron a la demandante a dar por terminado el contrato el 30 de noviembre de 2017.

En estos términos se opuso a la totalidad de las pretensiones deprecadas en su contra y propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del contrato realidad invocado por la demandante, ausencia del elemento de subordinación y dependencia como uno de los elementos que configuran el contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones laborales demandadas, carencia de causa y derecho, cobro de lo no debido, pago, compensación, prescripción, buena fe, mala de la demandante e innominada.

DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió con sentencia, mediante la cual el A quo resolvió: Declarar no probadas las excepciones salvo la de prescripción que lo fue parcialmente. Declara que, entre la demandante y la sociedad demandada, existió un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 8 de noviembre de 2015 y hasta el 30 de noviembre de 2017. Condena a la demandada a pagar a la demandante: cesantías, intereses a



las cesantías, primas de servicios, vacaciones y la indemnización por despido. Las vacaciones y los intereses por despido injusto serán indexados desde el 30 de noviembre de 2017 y hasta que se verifique su pago. Además, condena a la empresa demandada a pagar a la demandante la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a razón de un día de salario igual a \$83.333 desde el 1º de diciembre de 2017 por cada día de retraso en el pago de las prestaciones debidas hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique, si el período es menor. Si la mora persiste, a partir del 01 de diciembre de 2019 deberá pagar a la trabajadora los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre el importe de las prestaciones debidas. La indemnización a la fecha asciende a la suma de \$59.166.667.

Para arribar a la anterior decisión consideró la A quo que no hubo distanciamiento entre las contendientes sobre la prestación personal del servicio para tener por demostrado el contrato de trabajo por vía de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y no se logró por parte de la traída a juicio desvirtuar la subordinación, como era su carga procesal, así como tampoco demostró la encartada las condiciones de un contratista independiente como lo alegó en su escrito de contestación de la demanda y para imponer las condenas por indemnización moratoria señaló que no logró la demandada acreditar justificación valedera que le lleve a desconocer los derechos mínimos y las garantías de demandante para así desvirtuar la mala fe necesaria en la imposición de tales condenas.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, CEMET SAS interpuso recurso de apelación argumentando que el A quo por vía de la presunción del artículo 24 del CST encontró demostrada la subordinación, cuando las pruebas dan cuenta de todo lo contrario en la medida que las señoras Luz



Angela Lozano y Nataly Ramírez declararon que la señora Eliana Patricia recibía órdenes e instrucciones en virtud de los contratos de prestación de servicios que había suscrito con CEMET SAS a la vez, expuso que el representante legal había confesado en su interrogatorio que no se le impartía órdenes a la demandante, así como tampoco se le aplicaba sanciones, que el contrato lo realizó de manera autónoma e independiente, que no asistía a las reuniones convocadas por el personal de planta, que usaba elementos propios además de los suministrados por CEMET SAS, que prestaba sus servicios a otra empresas y que las labores de Fonoaudiología no eran del objeto social de CEMET SAS. Solicitó a su vez que en caso de no proceder a la revocatoria total de la sentencia, se modifique la condena por indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, alegando que no hubo en su actuar la mala fe, pues suscribió los contratos bajo la creencia de tener un vínculo civil y por último, que se aplique correctamente el fenómeno prescriptivo a la condena por cesantías.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Observa esta Sala de Decisión que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a: i) determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre lo formal para soportar las condenas. ii) La procedencia de la condena de indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y iii) La prescripción de las cesantías.

Para darle solución a las controversias planteadas, empezamos por definir el contrato laboral, atendiendo el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

1.- La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;



2.- La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste 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. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

3.- Un salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe 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.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 5 de agosto de 2009, radicación 36549, reiterada en pronunciamiento del 8 de junio de 2016, radicación 47385, ha precisado:

“Al respecto, sea lo primero recordar que tal como de antaño lo ha adoctrinado la Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica -que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando se encuentra evidenciada esa prestación del servicio, dado que en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, modificado por el art. 2° de la L. 50/1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».

Atendiendo la norma y el precedente jurisprudencial citados, cuando se reclama la existencia de un contrato laboral, corresponde a quien aduce la calidad de trabajador, demostrar: la actividad personal y extremos temporales, porque el artículo 24 del mismo Estatuto Sustantivo del Trabajo, dispone: *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.*



De igual modo no sobra advertir que en virtud de la aludida presunción, la carga probatoria de desvirtuar el trabajo subordinado se invierte en cabeza de quien se reclama la existencia del vínculo, situación que ha precisado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras contenidas en sentencias del 24 de abril de 2012, rad. 39600, SL 10546 de 2014, SL 9801 y SL9156 de 2015 y recientemente en las SL 1762, SL 1607, SL 1573, SL 1375 de 2018, entre otras.

Procede entonces la Sala a verificar si en el presente caso se encuentran reunidos los anteriores requisitos para que se configure un contrato de trabajo bajo el principio de la primacía de la realidad sobre lo formal.

En el trámite de primera instancia el A quo consideró tener como pruebas los documentos aportados por la sociedad demandada, dentro de los cuales se observan dos contratos denominados: “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES” donde la actora funge como contratista, suscritos entre la demandante y la sociedad CEMET SAS, que regularon su relación del 8 de noviembre de 2015 al 30 de noviembre de 2017, acuerdos que son también soporte de la apelación.

Ante tal probanza, se hace necesario precisar en el primero de ellos de folio 10 en la cláusula cuarta, se dispuso un horario de trabajo y se supeditó el mismo a las necesidades resultantes de la naturaleza de la revisoría fiscal y de ese contrato. Esta disponibilidad del tiempo de la supuesta contratista es una expresión clásica del *ius variandi* del empleador. Por sabido se tiene que en los contratos en donde hay autonomía de quien presta el servicio lo que importa es el resultado más no el medio con que éste se logra. No sucede lo propio en el contrato de trabajo en donde sí importa el cómo el trabajador ejecuta sus funciones. Y en el caso de autos al tener que



condicionar su tiempo de la demandante a las necesidades de CEMET SAS, jamás se podría hablar de autonomía.

Respecto al fijar un horario de trabajo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de junio de 2012, expediente 39335 dijo:

“Puntualizado lo anterior, encuentra la Sala que, del propio contrato de prestación de servicios, se desprende la verdadera condición subordinada de la vinculación del demandante, habida consideración que, en el literal a) de la cláusula segunda, se previó una jornada de trabajo de 36 horas diarias y turnos de disponibilidad durante 6 días, lo que es propio de una jornada de trabajo propia de una relación laboral, caracterizada por su actividad presencial en las instalaciones de la empresa.”

No desconoce esta sala que el punto de la jornada laboral fue de total distanciamiento entre las partes pues al absolver interrogatorio a instancia de parte el representante legal de la llamada juicio dijo que en múltiples oportunidades se ausentó y por ello no recibió amonestación alguna, la demandante en idéntica diligencia dijo que nunca dejó de asistir a su trabajo y sólo en una oportunidad tuvo un retraso debido a una calamidad doméstica y la prueba testimonial tampoco ofrece mayor certeza pues la señora Luz Angela Lozano, quien fundó la razón de la ciencia de su dicho en la circunstancia de ser Médica Ocupacional al servicio de la demandada, hace 4 años, dijo que el horario de CEMET SAS era de siete de la mañana a cuatro de la tarde y que las audiometrías se hacían en la mañana pero desconoce el horario de la señora Cárdenas Lemos y la señora Nataly Ramírez también empleada de CEMET SAS dijo que el horario de la demandante era de siete a once de la mañana, aproximadamente y que nunca se ausentó.

En estas condiciones no logran los dichos en estudio, controvertir la anterior conclusión, es más la segunda deponente hasta la verifica.



Llama también la atención de esta Sala que el término de duración del primer contrato, visible a folio 10, era de 3 meses, esto sería del 8 de noviembre de 2015 al mismo día de febrero de 2016 y el segundo contrato se suscribió el 23 de marzo de 2017 para un periodo de un año, sin embargo, a folios 20 a 30 se aprecian dineros recibidos en las cuentas bancarias de la demandante provenientes de CEMET S.A., pues corresponde a su NIT, en el período de octubre de 2015 a noviembre de 2017 y a folios 82 a 132 se allegó por la propia demandada cuentas de cobro entre marzo de 2016 a noviembre de 2017. Se pregunta entonces la Sala ¿por qué recibía cuentas de cobro y hacía pagos a la demandante en lapsos ajenos a los señalados en los contratos de prestación de servicios -a su entender-?, pues se supone que el primer vínculo, que alega de naturaleza civil, terminó el 8 de febrero de 2016 y el segundo sólo se vino a suscribir el 23 de marzo de 2017, poco más de un año después.

En ese contexto, la respuesta resulta por demás obvia. La demandante laboraba al servicio de la demanda, dado que si un contrato de servicios, en el que no se ha pactado una renovación o una prórroga automática termina, se entiende que la relación civil contenida en él desaparece al finalizar el mismo, por lo que si el trabajador continúa desarrollando actividades sin que haya operado una renovación del contrato de servicios, ya sea de forma automática porque así se pactó, o por voluntad expresa de las partes, hará que esa relación se desarrolle en el plano laboral.

Son suficientes las consideraciones expuestas para respaldar la decisión de primera instancia en cuanto encontró probado el contrato de trabajo bajo los parámetros del principio de la realidad sobre las formas, pues los restantes argumentos del recurso, de si recibía o no órdenes, si se le aplicaba no sanciones, si asistía o no a reuniones de personal, si usaba o no elementos propios, lejos están de desvirtuar la contundencia de lo concluido.



Pasamos al segundo reclamo, esto es la imposición de la condena de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

La norma impone al empleador la obligación de pagar al trabajador, a la terminación del contrato los salarios y prestaciones sociales adeudadas, so pena de sancionarlo con el reconocimiento y pago a favor del ex trabajador de un día de salario por cada día de retardo.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de abril de 2012, radicación 36.167, reiterando pronunciamiento del 21 de septiembre de 2010, radicación 32416, respecto de esta temática señaló:

“Ahora bien, es equivocado afirmar, como lo hizo el Tribunal, que “...no se logró demostrar la mala fe patronal...”, porque el mencionado artículo 65 del CST no establece una presunción de buena fe del empleador que no paga, ni tampoco la contraria, que alega la censura, simplemente dicha disposición establece que, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no soluciona lo que le adeuda a su trabajador, debe ser sancionado de acuerdo a lo allí dispuesto, de donde, conforme a la carga de la prueba que establece el artículo 177 del CPC, le corresponderá a éste último (el trabajador) demostrar que existe un crédito insoluto a su favor y, a aquél (el empleador), que pagó o, en caso contrario, que existen circunstancias atendibles que le impidieron hacerlo, toda vez que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

En tal sentido, le corresponde a esta Sala determinar si se logró demostrar la existencia de un crédito insoluto a favor del ex trabajador por concepto de salarios, prestaciones sociales y si por su parte el empleador, logró acreditar que pagó o que existen circunstancias que justifiquen su conducta, para exonerarlo de la imposición de la condena por indemnización moratoria que reclama la demandante.

Encuentra la Sala acreditada la existencia de la relación laboral y de ella surge el reconocimiento de prestaciones sociales, por lo tanto, se encuentra



un crédito insoluto a favor de la promotora de esta acción. Donde no se atiende la justificación expuesta por la parte pasiva, que conlleve a la exoneración de la indemnización moratoria, dado que ha sido pacífica y reiterada jurisprudencia nacional ha considerado que el contrato por prestación de servicios al ser una figura jurídica de excepcional aplicación, se instituye para dotar una herramienta para atender situaciones especiales y no para vincular personal y vulnerarle sus derechos laborales. Por consiguiente, la utilización de una vinculación con la actora de naturaleza diferente a la laboral, conlleva a concluir que se pretendió desconocer los derechos de la demandante y, por consiguiente, las razones de la parte demandada no son atendibles, que conllevan a mantener la decisión de primera instancia.

Se reclama la aplicación de la excepción de prescripción, respecto a las cesantías. Es necesario traer a colación el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que dispone:

“Prescripción. Las acciones que emanen de las Leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

Considera la parte demandada, que esa norma es aplicable para el auxilio de cesantías. No compartiendo la Sala la apreciación de la parte pasiva, apoyándonos en precedentes de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre ellos el expuesto en la sentencia de radicado número 35640 de 21 de febrero de 2012, reiterada en providencia SL 16401 del 26 de noviembre de 2014, en donde haciendo referencia al término de prescripción se dijo:



“Frente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada, no está llamada a prosperar, por cuanto la exigibilidad de esa obligación se materializa a la finalización del vínculo laboral del trabajador, tal como lo definió la Corte en la sentencia del 24 de agosto de 2010, radicación 34393. En tal virtud, si la prescripción empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo”

La sentencia que el precedente cita, tiene el siguiente argumento:

“En efecto, el auxilio de cesantía es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo o filosofía, su denominador común es el de que el trabajador solo puede disponer libremente de su importe cuando se termina el contrato de trabajo que liga con su empleador. Pues durante la vigencia de su vínculo, no puede acceder al mismo sino en casos especiales que están regulados por la Ley. En cambio, cuando el contrato de trabajo finaliza, el trabajador puede disfrutar sin cortapisa alguna de dicha prestación. Respecto de las demás prestaciones sociales, como ya se dijo, el término de prescripción empieza a contar una vez éstas se causan, como en el caso de los intereses al auxilio de las cesantías cuya exigibilidad corresponde al 31 de enero de cada año, por ende se empezará a contar desde ese día para que oportunamente se reclame dentro de los siguientes tres años, so pena de que prescriba el derecho”

Reitera la Sala que acoge los anteriores precedentes, por lo tanto, para efectos de contabilizar la prescripción del auxilio de cesantías, se debe partir de la data de fenecimiento del vínculo laboral, que para el caso que nos ocupa, el contrato de la demandante terminó el 30 de noviembre de 2017 y la demanda se instauró el 2 de julio de 2019, lapso que no superó el trienio necesario para la extinción de los derechos. Como acertadamente lo concluyó la A quo.

Costas en esta instancia a cargo de la recurrente y a favor de la demandante. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.



DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 535 del 20 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la promotora del litigio. Fíjese las agencias en derecho en esta instancia, en el equivalente a dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: ELIANA PATRICIA CARDENAS LEMOS
Correo electrónico: eli.carle00@gmail.com
APODERADA: EDWARD ANDRES GARCIA JIMENEZ
Correo electrónico: colaboralvalle@@gmail.com

DEMANDADO. CENTRO ESPECIALIZADO EN MEDICINA DEL TRABAJO
CEMET SAS
Correo electrónico: carlosizquierdo@cemet.com.co
APODERADO: MEDARDO ANTONIO LUNA RODRIGUEZ
Correo electrónico: mantoluna@hotmail.com



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ELIANA PATRICIA CARDENAS LEMUS
Vs/. CEMET SAS.
RAD:76001-31-05-008-2019-00436-01

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada

RAD. 008-2019-00436-01