



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	EDUARDO MARÍN BONILLA
DEMANDADO	CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA. COSMITET LTDA.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
RADICADO	760013105 019 2021 00052 01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN
PROVIDENCIA	SENTENCIA 002 DEL 31 DE ENERO DE 2024
TEMA Y SUBTEMAS	CONTRATO REALIDAD. SANCIÓN ART. 65 CST
DECISIÓN	CONFIRMA

Hoy, Treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Cuarta de Decisión Laboral y como magistrada ponente ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA, proceden a resolver el recurso de apelación de la Sentencia No. 30 de 15 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor EDUARDO MARÍN BONILLA demandó a la CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA. en adelante COSMITET LTDA., para que se declare que entre ellos existió un contrato de trabajo a término indefinido del 18 de septiembre de 2009 al 2 de diciembre de 2020 y como consecuencia de ello se le condene al pago de indemnización por despido injusto, prestaciones sociales, vacaciones, sanción del artículo del artículo 65 del CST, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, indemnización por los perjuicios causados al no entregar los elementos mínimos de seguridad industrial así como por no afiliarse a seguridad social. Además, se condene al pago de la pensión sanción.

Como **hechos** de la demanda, en sustento de sus peticiones, indicó que se vinculó al servicio de COSMITET LTDA. En el cargo de tecnólogo de imágenes diagnósticas mediante contratos de prestación de servicios desde el 18 de septiembre de 2009 hasta el 2 de diciembre de 2020 fecha en la cual terminó la relación laboral de manera unilateral con justa causa.

Asegura que la demandada le fijó un horario de trabajo de 8 am a 5 pm de lunes a viernes y sábados de 8 am a 1 pm. Que debía estar disponible en cualquier horario de acuerdo con el reporte diario de programación de cirugías. Que devengaba un salario mensual de \$3.980.0000.

Señala que laboró a favor de la demanda de manera continua, bajo su subordinación y sin derecho a vacaciones. Que nunca se le afilió a al Sistema de Seguridad Social Integral ni se le pagaron las prestaciones sociales, no le proporcionó elementos de seguridad industrial para desempeñar la labor lo que le ocasionó graves problemas de salud.

La demandada, **COSMITET LTDA.** dio contestación aceptando que el demandante se vinculó mediante un contrato de prestación de servicios en los extremos temporales indicados en la demanda, pero aduce que la actividad la desarrolló con plena autonomía técnica, administrativa y financiera, sin que hubiera existido ningún tipo de subordinación respecto a COSMITET.

Afirma que en el contrato de prestación de servicios se acordó que el actor desempeñaría su labor de forma personal bajo su dependencia y responsabilidad en los horarios escogidos y destinados por el contratista, que el demandante nunca recibió salario, sino honorarios por cirugía pactada valor variable según los servicios prestados.

Afirma que el demandante no tenía jefes, no recibía órdenes y en cumplimiento del contrato de prestación de servicios adoptaba pautas ya coordinadas para la realización de diferentes actividades.

Señala que el contrato de prestación de servicio cumplido de manera unilateral por decisión del demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigio mediante la Sentencia No. 30 de 15 de junio de 2021 en la que resolvió:

"PRIMERO: Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto del reclamo de las pretensiones referente al pago de aportes al sistema de seguridad social en Pensión, Salud Arl, Caja Compensación, también la referente al reconocimiento de la Pensión Sanción y Perjuicios Materiales, Morales y Corporales. SEGUNDO: Declarar la existencia de una relación laboral entre Eduardo Marín Bonilla y la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Compañía – Cosmitet Ltda., entre el periodo comprendido entre el 18 de septiembre de 2009 al 03 de noviembre de 2020, mediada a través de un contrato a término indefinido. TERCERO: Condenar a la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Compañía – Cosmitet Ltda., representada legalmente por Miguel Ángel Duarte Quintero, o quien haga sus veces, a reconocer y pagar una vez ejecutoriada esta providencia, y en favor de Eduardo Marín Bonilla, las siguientes sumas de dinero: 1. Auxilio de Cesantía: \$27.925.708,00. 2. Intereses a las Cesantías: \$740.695,00. 3. Prima de Servicios: \$4.971.424,00. 4. Compensación de Vacaciones: \$14.779.620,00. 5. Indemnización por Despido: \$13.226.699,00. CUARTO: Condenar a la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Compañía – Cosmitet Ltda., a reconocer y pagar una vez ejecutoriada esta providencia, y en favor de Eduardo Marín Bonilla, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, equivalente a la suma de \$56.888,90. diarios de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales referidas en el numeral TERCERO de este proveído desde el 04 de noviembre de 2020 y hasta el 4 de noviembre de 2022, A partir del 5 de noviembre de 2022 solo se pagaran los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superfinanciera, sobre dichas prestaciones. A la fecha la sanción asciende a \$12.231.113,50. QUINTO: Absolver a la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Compañía – Cosmitet Ltda., de lo pretendido por aportes a la seguridad social en Salud, Arl, Caja Compensación, Pensión Sanción y Perjuicios Materiales, Morales y Corporales. SÉPTIMO: Costas a cargo de Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Compañía – Cosmitet Ltda., y en favor de la parte demandante, líquídense oportunamente inclúyase como agencias en derecho una suma equivalente al 7.5% del valor total de las condenas. NOVENO: Compúlsese copias al Municipio de Santiago de CaliSecretaría de Salud, para que investigue si la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Compañía –

Cosmitet Ltda, está cumpliendo las reglamentaciones en materia de los quirófanos en los que se utilicen elementos para la práctica de exámenes de Rayos X, de igual manera, se compulsara copias ante el Ministerio de Trabajo para que determine en este caso, si por parte de la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Compañía – Cosmitet Ltda ha existido un abuso de la figura de la contratación independiente por prestación de servicios frente a laborales que son permanentes en el tiempo y necesarias para el objeto social de la demandada.”

En sustento de la decisión el a quo se refirió inicialmente a los elementos del contrato de trabajo y a la presunción del artículo 24 del CST, para luego señalar que, en este asunto, no se discute sobre la prestación de servicios del actor a favor de la demandada, y la prueba testimonial lo ratificó, además que informa sobre que el demandante no era autónomo y estaba bajo la dirección de los jefes de turno y jefes de cirugía, quienes le coordinaban las funciones, acreditando que no era autónomo en el desempeño de su labor. Indica que su disponibilidad debía ser absoluta, asistía al 90% de las cirugías, su presencia era esencial pues era la única persona que podía manejar los aparatos necesarios para realizar la cirugía, acreditándose a si todos los elementos del contrato de trabajo y manera continua.

Consideró que no operó el termino prescriptivo de las cesantías, pero sí de los demás derechos reclamados con antelación al 25 de enero de 2018 y así ordenó su reconocimiento.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, señaló que el demandante acabó el contrato de trabajo pues la demandada no cumplió con sus obligaciones laborales para él, así que ordenó el pago de la indemnización dispuesta en el artículo 64 del CST.

Con relación a la sanción del artículo 65 del CST, consideró que es procedente por cuanto en el finiquito de la relación laboral no se le pagaron las prestaciones sociales a las que tenía derecho y no aportó prueba de la justificación para el no pago.

Indicó que no procedía el pago de cálculo actuarial pues los aportes fueron efectivamente pagados por el trabajador al Sistema de Seguridad Social y no se está pretendiendo solo el porcentaje que le correspondía pagar al empleador.

Absolvió de la indemnización de perjuicios pretendida por la no entrega de elementos de seguridad industrial para el desempeño de la labor, pues consideró que el trabajador no demostró que se le haya causado alguno.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte **demandada** presentó recurso de apelación aduciendo que, no está de acuerdo con la apreciación y análisis probatorio que hace el a quo, toda vez en este caso no se logró demostrar la existencia de una relación laboral que pueden llevar a la declaratoria conforme al principio de la realidad sobre las formas.

Alega que el elemento diferenciador entre un contrato de naturaleza civil y uno laboral es la subordinación y dependencia, que no puede predicarse de COSMITET para con el señor Eduardo Marín Bonilla, pues este jamás fue objeto de poder subordinante, toda vez que él manifestaba de manera mensual la disponibilidad que tenía para ejecutar el objeto del contrato suscrito voluntaria y libremente y, que como contraprestación se le reconoció y pagó cada servicio prestado por cirugía asistida.

Afirma que en este asunto se probó la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre el demandante y Cosmitet, con cuya firma ambas partes admitieron el acuerdo de sus voluntades y se obligaron conforme al clausulado del contrato y las condiciones por ellos pactadas, sin que converjan en este asunto los elementos esenciales de una relación laboral, pues si bien el demandante ejecutó la prestación de sus servicios de manera personal, en el contrato se encontraba permitido que la ejecución del mismo se diera a través de tercera persona y así sucedió en varias oportunidades cuando el demandante delegó la prestación de servicio, incluso se allegó con la contestación documento que él mismo suscribió, donde delegaba la prestación de sus servicios de otros profesionales.

En lo que respecta a un salario como retribución del servicio, aduce que se encuentra probado que el pago por el servicio prestado se efectuó en razón a las cirugías a las que efectivamente asistió, por eso sus retribuciones jamás fueron uniformes y también con la con la testimonial se acredita que no cumplía un horario.

Dice que el contratista jamás radicó alguna reclamación por faltantes en los honorarios cobrados en sus facturas o por considerar que se le debían acreencias laborales, y menos aún por la modalidad contractual.

Arguye que el demandante jamás se encontró bajo la dependencia o subordinación de Cosmitet y las supuestas órdenes que recibía no estaban referidas a la forma

como debía prestar sus servicios, toda vez que era autónomo y libre, las directrices que se daban y que se confunden con órdenes, estaban orientadas a la coordinación de la prestación de un servicio de salud. Alega que la parte demandante pretende demostrar este elemento por un presunto cumplimiento de horario y la entrega de instrucciones por la ejecución contractual, no obstante, era facultad del demandante aceptar las cirugías ofertadas

Señala que el establecimiento de una jornada no es un elemento contundente para alegar una relación laboral, toda vez que lo que demuestra es una organización, es la determinación de una prestación de servicios de manera coordinada con los demás profesionales y de acuerdo con las políticas para la atención a los pacientes para sustentar.

Cita la sentencia número 47385 del 8 de junio del 2016, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas y aduce que con la sola relación de pagos se puede entrar a desvirtuar que el servicio el demandante nunca fue constante, como quiera que de los pagos percibidos por el demandante se colige es que los mismos fueron variables.

Señala que Csomitet acreditó la suscripción y ejecución de un contrato de prestación de servicios profesionales, lo que invirtió la carga de la prueba descargando en el demandante la obligación de acreditar la subordinación.

Alega que de las declaraciones rendidas se extrae que el demandante no cumplió ningún horario y si las cirugías que se habían sido programadas se terminaban antes él quedaba libre y podía disponer de su tiempo.

Asegura que el demandante tuvo conductas que denotaron la verdadera naturaleza civil del mismo, como lo fueron facturar la prestación de sus servicios, pagar su seguridad social, las disponibilidades de su tiempo para indicar cuando prestaban sus servicios y la libertad que tenía, determinar la intensidad con que los prestaba el servicio para indicar si lo hacía o no o cuando estaba disponible o no. Entre otras circunstancias que permiten inferir de manera razonada que el actor gozaba de autonomía e independencia. Que también quedó demostrada la ausencia de poder disciplinario y de impartición de órdenes e instrucciones que limitarían la ejecución del ejercicio del demandante, entre otros tantos elementos propios que no permiten avalar la constitución de un contrato realidad entre las partes.

Arguye que la demandada es una entidad prestadora de servicios de salud que está comprometida a prestar a los usuarios o pacientes un servicio de calidad, idoneidad

y oportunidad; para ello debe disponer efectivamente de los insumos y equipos necesarios para la prestación del servicio de salud. Por otro lado, entre las partes se convino que efectivamente la contratante iba a facilitar al contratista aquellas instalaciones y equipos que necesitará para la ejecución del objeto contractual y aquellos que fueran de uso exclusivo y especial el contratista, serían aportados por él.

Solicita se revoque la condena al pago de sanción del artículo 65 del CST, aduciendo que no existen elementos que acrediten un proceder de mala fe por parte de Cosmitet y aunque controvierten la existencia de un contrato de trabajo, por sí mismo dicho argumento no se podrá construir nunca la mala fe, por el contrario, COSMITET actuó con lo más firme convicción de que la relación que regía las partes era de orden civil, toda vez que tenía el contratista, autonomía y libertad para ejercer su función. Que, jamás recibió queja o reclamo alguno del demandante que pudiera dar a entender lo contrario; al demandante siempre se le trató como un contratista y le fue respetada su autonomía e independencia.

Alega que este tipo de condenas han sido rechazadas y cuestionadas por la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 11436 del 2016, dentro del proceso con radicación 4553624, ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga, y que en el caso en el en el asunto bajo examen que el tribunal parte del supuesto normativo que esa sanción se aplica de manera automática e inflexible, haciendo presumir la mala fe, crea una regla general equivocada, aplica la norma de manera automática o maquinal, cuando su deber es realizar un estudio serio en torno a la conducta asumida por el deudor, esto es, en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder.

Señala que COSMITET siempre estuvo precedido de buena fe y con el convencimiento de que se encontraba ante una relación de carácter civil, por lo cual el demandante siempre fue tratado como tal, siempre se le pagaron las facturas que presentó sin quedar debiéndole suma alguna respecto del de la prestación de sus servicios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN LEY 2213 DE 2022

En los términos procesales previstos, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, el demandante y la demandada hicieron uso de la oportunidad para ello.

No encontrando vicios que puedan generar la nulidad de lo actuado en primera instancia y surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 se profiere la

SENTENCIA No. 002

PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta el recurso de apelación el **problema jurídico** a estudiar consiste en determinar: (i) Si entre el demandante y COSMITET no existió una relación laboral sino civil regida por un contrato de prestación de servicios, (ii) en caso negativo, si resultó o no acertada la decisión del a quo de condenar al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

La Sala defenderá la siguiente tesis: i) Entre el demandante y COSMITET LTDA. existió una relación laboral y si hay lugar a imponer la sanción del artículo 65 del CST.

CONSIDERACIONES

El análisis del caso versará sobre lo que es objeto del recurso de apelación atendiendo lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 que alude al principio de la consonancia, en virtud del cual la actividad de la segunda instancia se restringe a los puntos concretos de inconformidad.

Para establecer si entre el demandante y la demandada hubo una relación de carácter laboral, es necesario verificar si se dieron los elementos del contrato de trabajo, a saber, los definidos por el artículo 23 del CST, siendo estos i) la actividad personal del trabajador, ii) la continuada subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario como retribución del servicio.

Así entonces, acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, la misma será de esta naturaleza, independiente de la denominación jurídica que se le haya dado. Y como una garantía a favor del trabajador, el artículo 24 del CTS. dispone que: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*

En atención a lo señalado, debe indicarse que es carga de la parte demandante probar la prestación personal del servicio, para que, según la presunción legal, el accionado asuma la obligación de desvirtuar que ella tuvo su fundamento en un

contrato de trabajo.

Y respecto a esa prueba la h. Corte Suprema ha definido un as de indicios que se extraen del convenio 198 de la OIT, y que redundan en la determinación de la existencia del contrato de trabajo, por ejemplo son ellos el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL4767- 22020); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344- 2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) e integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En relación con el criterio de la integración en la organización de la empresa explicó la sala (CSJ SL4479-2020), que se trata de un indicador abierto, complejo, toda vez que comprende otros indicios y que permite la resolución de casos dudosos, como los que se presentan en asuntos de tercerización laboral o de subcontratación en las que el juez se enfrenta a una pluralidad de empresas (relaciones multipartitas o redes empresariales) o trabajos caracterizados por el uso intensivo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y en este se engloba tres conceptos: integración, organización y empresa, con los que se supone que la empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de su titular. Así, cuando el empleador organiza de manera autónoma sus procesos productivos y luego inserta al trabajador en ese ámbito para dirigir y controlar su labor, según esos fines empresariales, se estará ante un indicio claro de subordinación, toda vez que el trabajador no cuenta con una organización empresarial suya, con su propia estructura, medios de producción, especialización y recursos, sino que se ensambla en la de otro, careciendo entonces de autonomía. Todo lo anterior recogido en la sentencia SL1439-2021.

Con base en lo dicho y al analizar las pruebas recaudadas para establecer la presencia de los elementos del contrato de trabajo, se verifica en este asunto y sobre ello no hay discusión, que el señor EDUARDO MARÍN BONILLA prestó sus servicios personales a COSMITET como técnico de rayos x o intensificador de imágenes, prestando sus servicios en el área de cirugía desde el 8 de septiembre de 2009 hasta el 2 de diciembre de 2020, situación que igualmente fue confirmada por la

representante de la demandada al rendir interrogatorio de parte, lo que en principio activa la presunción del artículo 24 del CST, tal es, que el vínculo entre las partes se rigió por un contrato de trabajo.

En este punto es de precisar que no le asiste razón a la recurrente al indicar que al haberse acreditado que el demandante suscribió contrato de prestación de servicios con la demanda, se trasladaba al actor la carga de probar que hubo subordinación, pues como se expuso, el legislador está presumiendo este elemento de la subordinación siempre y cuando se demuestre la prestación personal de un servicio, por lo que en el caso que nos convoca, en efecto, demostrada la ejecución de una actividad personal del actor a favor de COSMITET, es esta sociedad la que debe acreditar que no hubo sujeción del trabajador y que actuó de manera autónoma, independiente y autogestionaria para derruir así la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo.

En este caso, aunque COSMITET LTDA. siempre alegó haber tenido con el demandante un contrato de prestación de servicios y así lo acreditó con la prueba documental aportada (fl. 2 pdf 6 cuaderno del juzgado) no acreditó que en la ejecución de la labor el accionante hubiere desplegado la actividad conforme un contrato de prestación de servicios, es decir con autonomía e independencia.

Cabe resaltar en este punto que, si bien el accionante no tiene la carga de probar haber prestado sus servicios de manera subordinada, en el sub-lite lo demostró y COSMITET NO aportó material probatorio con el cual lograrse desvirtuar la presunción de contrato de trabajo antes aludida y la prueba que alude la recurrente, a saber, la documental y testimonial, no lo logra restar valor a la subordinación acreditada por la parte activa.

Pues bien, el demandante en el interrogatorio de parte aceptó que mientras prestó sus servicios a favor de COSMITET tuvo que delegar en una oportunidad la ejecución de la actividad personal, informa que ello ocurrió por cuanto su esposa se encontraba enferma en otra ciudad. En el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes se observa que en efecto la partes dispusieron que la prestación del servicio podría ser directa o por terceras personas (pdf 6 fls. 2y 3), pero está sola situación a juicio de esta Sala no derruye la presunción de existencia de un contrato de trabajo, pues lo que se avizora del análisis de la prueba recaudada es que durante el tiempo que las partes estuvieron ligadas esto solo ocurrió en una oportunidad y que en efecto se presentaron otras situaciones que dan cuenta de la sujeción del trabajador respecto COSMITET y demuestran que en realidad no era autónomo e independiente en el desempeño de su labor.

Al respecto rindió declaración el señor Iván Vanegas Cardoso, quien informa haber sido coordinador de anestesia de COSMITET y compañero de trabajo del demandante. Explicó que el actor fue vinculado a la sociedad pues hubo la necesidad de contratar un tecnólogo de rayos x que asistiera todas las cirugías toda vez que los procedimientos se demoraban mucho para iniciar, que el señor EDUARDO siempre hizo parte del área de cirugía, lo que da cuenta de su integración en la organización de la empresa, como una labor necesaria, pues a veces del testigo las cirugías no podían hacerse sin su trabajo, además que ejecutaba la labor con los equipos proporcionados por Cosmitet, en las salas de cirugía de la demandada, con los elementos de protección y dotación entregada por la sociedad.

Además, el testigo da cuenta de que el actor tenía jefes, en esa época lo fue la coordinadora del área de cirugía María Elena Soto y también la enfermera jefa de nombre ALEJANDRA, quienes además de dirigir la labor, asignaban el horario y era ante quienes debía pedir permisos para ausentarse de las labores. Preciso que el 90% de las cirugías eran programadas a las 7 am y que a la hora que se presentara una cirugía, que por ejemplo podía ser a la 1 am, el demandante debía presentarse, es decir que debía tener absoluta disponibilidad y que era necesaria su presencia en todas las cirugías.

La testigo MARGOTH CECILIA FUENTES, directora médica de COSMITET, expuso que el demandante solo debía asistir a las cirugías programadas, pero como lo señalaron los demás testigos se programaban cirugías diariamente e iniciaban a las 7 am en un 95%, exponiendo esta testigo que siempre se llamaba al demandante como primera opción.

Por su parte la testigo Alejandra Ramírez, señala haber sido la jefe del demandante en COSMITET y haberle dado órdenes referentes a las horas en que debía prestar sus servicios, los quirófanos donde debía hacerlo, la forma de organizar la mesa quirúrgica para los procedimientos, es decir que coordinaba su labor. Además, que siempre era el demandante quien ejercía la labor de técnico de imágenes, no otra persona, que los elementos que utilizaba para desempeñar la labor eran proporcionados por COSMITET y que el demandante debía estar disponible para cuando se necesitara en caso de una cirugía de urgencia.

El testigo, señor LEONARDO POSSO, en igual sentido informa que el demandante entraba al turno con él a las 7 am, pues a esa hora eran programadas las cirugías por la demandada. Indica que el demandante era indispensable en el momento de practicarse una cirugía, que sin él no se podían hacer, que él se encargaba en

especial de tomar las placas o las radiografías y además de eso, también otras funciones accesorias que le ordenaran las enfermeras de turno y las enfermeras jefe de turno, como preparar los quirófanos, ayudar a colocar las mesas de cirugía.

Señala que las señoras Alejandra, María Elena y Ángela eran las jefes del actor y que no tenía autonomía para asistir a sus labores pues era pieza clave para la realización de las cirugías, debía estar en todas las de ortopedia y en un 98% de las demás. Dice que llegaban a la clínica y en una pared estaba la programación para cirugías desde las 7 am, que solo se les llamaba por teléfono cuando eran cirugías por fuera del horario.

De las pruebas reseñadas colige la Sala que en efecto había una subordinación del demandante respecto a COSMITET sociedad que actuaba como su empleador, pues le asignaba horarios, por medio de sus representantes le daba ordenes, le requería si era necesario para prestar sus servicios en horarios no laborales, es decir le exigía disponibilidad, le entregaba elementos de protección y dotación, proporcionaba los instrumentos para el desempeño de la labor, todos ellos indicios claros de existencia de la relación laboral, además que, como ya atrás se expuso, se le engranó al demandante en la estructura empresarial y él simplemente prestó el servicio con los medios que le fueron proporcionados sin que actuara de manera autogestionaria económicamente.

Así pues que, en el plenario se logró demostrar que esa coordinación a la que se hace referencia en el recurso de apelación en realidad consistía al desarrollo del poder subordinante por parte de COSMITET, pues no se observa alguna posibilidad de decisión, autogestión o independencia por parte del extrabajador, el demandante debía ajustarse a las preceptivas de la sociedad en cuanto a horarios, programación de cirugías, pacientes por atender, salas donde se realizarían los procedimientos, elementos de trabajo, dotación y disponibilidad.

Ahora, dice el recurrente que la prueba da cuenta de que el demandante podía delegar, pero lo que relatan los testigos que ello no ocurrió y aunque la directora médica, señora MARGOTH CECILIA FUENTES dice que ello en efecto pasó y de ello da cuenta la documental de folios 108, no existe certeza de cuantas veces otra persona le reemplazo efectivamente en su labor, pero si puede deducirse que la labor del actor era esencial para el desarrollo del objeto social de la demandada, que sin su presencia no se podía operar, no era posible que se hicieran cirugías, por lo tanto, ante la falta de otro técnico se cedía supuestamente el contrato.

Debe precisarse que es posible la tercerización de ciertos procesos, como podría ocurrir con el de las imágenes diagnósticas y la contratación de los técnicos para el efecto, sin embargo para que se entienda como una verdadera tercerización ese contratista deberá contar con una autonomía técnica, económica y administrativa, lo que no ocurre en el asunto bajo estudio, por lo tanto, el contratar bajo esta modalidad una actividad ordinaria, común, del resorte de las actividades de la demanda demuestra la intención de soslayar derecho laborales, máxime cuando se demuestra ese elemento esencial de las relaciones laborales de la subordinación.

Al efecto, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2171-2019, que en la contratación por prestación de servicios: "no está vedado a 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", como ocurrió en el asunto bajo estudio, pues lo que para la Sala si emerge como un desbordamiento de la actividad que debía ser consensuada entre las partes y se ubica en el plano de la subordinación lo constituye en el sub-exámine el tema de las ordenes, la disponibilidad, la fijación de horarios, el engranaje en la actividad económica de la empresa, porque si bien, este tipo de actividades surge como propias de la labor a desempeñar por el accionante en el servicio de salud, según los reglamentos y disposiciones legales que se erigen para la prestación del mismo, cuando estas actividades alcanzan a constituir un compromiso mayor para el contratista, que le impone una disponibilidad permanente, que sacrifica el propio espacio que tendría para el ejercicio de su presunta profesión liberal, denotan ya no la ejecución de una obligación adquirida en los términos del contrato de prestación de servicios, sino la imposición de una orden o instrucción derivada del poder subordinante propio del vínculo de naturaleza laboral.

De las probanzas reseñadas se desprende que las actividades ejecutadas por el actor no eran agendadas en concertación permanente entre el demandante y COSMITET, y por el contrario se llega a la inferencia razonable que las mismas eran impuestas.

Pues bien, de las probanzas referidas no puede concluirse cosa diferente al hecho de que el demandante NO prestó sus servicios con plena autonomía e independencia, pues existía sujeción a lo que dispusiera COSMITET LTDA., así las cosas, al no desvirtuarse la presunción del artículo 24 del CST, resulta acertada la decisión del a quo de declarar probada la relación laboral.

En cuanto a la **sanción moratoria del artículo 65 del CST**, asunto apelado por la apoderada de la demandada, debe señalarse que su imposición no es automática. Así las cosas, para resolver lo que a esta instancia le compete, esto es, sí existió mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales definitivas adeudadas a la demandante a la finalización del vínculo laboral y en caso afirmativo si puede predicarse que existió mala fe del empleador en el impago de dichas prestaciones que dé lugar a la imposición de la sanción moratoria en su contra, se tiene que la SCL CSJ en sentencia SL11436-2016, reiteró que:

"En cuanto a la manera como los juzgadores deben apreciar la conducta del empleador, de cara a la imposición de la sanción por mora y a la inexistencia de parámetros o reglas absolutos, esta Corporación en sentencia de la CSJ SL ,13 abr. 2005, rad. 24397, explicó: ... deben los jueces valorar ante todo la conducta asumida por el empleador que no satisface a la extinción del vínculo laboral las obligaciones a su cargo, valoración que debe hacerse desde luego con los medios probatorios específicos del proceso que se examina...", como lo dejó sentado en la sentencia del 15 de julio de 1994, radicación 6658. "Así, pues, en materia de la indemnización moratoria no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuando un empleador es de buena o de mala fe. Sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro."

Ahora, también en estos casos, se hace menester valorar la conducta del empleador, con miras a definir si, en el evento de la existencia de una deuda laboral de esta índole, obró o no en su omisión de pago de buena fe. Ha entendido la jurisprudencia laboral, que cuando el demandado discute la existencia de un contrato de trabajo, puede ser exonerado de la sanción de marras, siempre que su convicción esté respaldada en razones serias y atendibles.

En sentencia SL11436-2016 Radicación n° 45536 del 29 de junio de 2016: dijo la SCL de la CSJ lo siguiente:

"Pues bien, en torno a este punto, esta Sala en sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39186, reiteró que la absolución de la indemnización moratoria cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo no depende del desconocimiento del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los respectivos contratos. Ni la condena de esta sanción pende exclusiva/ de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador

en la sentencia que ponga fin a la instancia. Lo anterior porque en ambos casos, se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectiva/ rodearon el desarrollo del vínculo, a fin de poder definir si la postura de éste resulta o no fundada, y su proceder de buena o mala fe.

De suerte que la buena o mala fe fluye, en estricto rigor, de otros tantos aspectos que giran alrededor de la conducta del empleador que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de declarar la existencia de un contrato de trabajo, el fallador debe contemplar las pruebas pertinentes para auscultar dentro de ellas, la presencia de los argumentos valederos que sirvan para abstenerse o no de imponer la sanción.

(...) En cuanto a la manera como los juzgadores deben apreciar la conducta del empleador, de cara a la imposición de la sanción por mora y a la inexistencia de parámetros o reglas absolutos, esta Corporación en sentencia de la CSJ SL ,13 abr. 2005, rad. 24397, explicó:

"Así, pues, en materia de la indemnización moratoria no hay reglas absolutas que fatal u objetiva/ determinen cuando un empleador es de buena o de mala fe. Sólo el análisis particular de c/caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro. En ese sentido se pronunció igual/ la Corporación en providencia del 30 de mayo de 1994, con radicación 6666, en la cual dejó consignado que: 'Los jueces laborales deben entonces valorar en c/caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria...'

En este mismo orden, no sobra advertir que en la sentencia del 21 sep. 2010, rad. 32416, puntualizó esa Corporación lo siguiente:

"Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que

ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

Al explorar el comportamiento de COSMITET LTDA. no encuentra el despacho justificación para haber aplicado la figura del contratista independiente y así haberse sustraído de la obligación del pago de prestaciones sociales, pues aunque suscribió contrato de prestación de servicios con el actor, se comportó como un verdadero empleador requirió la prestación de servicios del demandante engranándolo en la estructura empresarial sin que se le permitiera actuar con independencia y autonomía para el desempeño de la labor.

Bajo estos parámetros, la Sala considera que, al escudriñar la actuación de COSMITET, bien puede predicarse que, dadas las circunstancias en torno a la realidad contractual, se infiere una conducta a la que debe endilgársele mala fe por lo que resulta acertada la decisión del a quo de condenar al pago de la sanción moratoria del artículo 65 CST, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia en este punto.

Corolario, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo del COSMITET LTDA., se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de 1 SMLMV.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia No. 30 de 15 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali en el proceso instaurado por EDUARDO MARÍN BONILLA en contra de la CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA. COSMITET LTDA.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias>.

En constancia se firma.

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica
ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA
Magistrada Ponente



MARY ELENA SOLARTE MELO



GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:
Alejandra Maria Alzate Vergara
Magistrada
Sala 007 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: **6e53140585797148dc0acc4fdcf58bc4b9883a047caaffbea4a8485aa1b75edb**

Documento generado en 31/01/2024 09:39:38 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>