

CONSTANCIA SECRETARIAL: Dentro del término de traslado dispuestos en la lista fijada el 21 de julio de 2023, la demandada presentó alegatos de conclusión, como se aprecia en el archivo 05 de la carpeta de segunda instancia. La parte actora guardó silencio.

Sin necesidad de firma Art. 2, inc. 2 Ley 2213 de 2022 y art. 28 Acuerdo PCSJA20-11567

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Ana María Gallego Salazar

Demandado: Orthodonty S.A.

Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL

Magistrada Ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón

Pereira, Risaralda, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 162 del 12 de octubre de 2023

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por medio de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral Presidida por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Ana María Gallego Salazar** en contra de **Orthodonty S.A.**

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 10 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Pretende la demandante que se declare que entre ella y Orthodonty S.A. existió un contrato de trabajo vigente del 01 de julio de 2015 al 27 de junio de 2020. En consecuencia, persigue que se condene a la empleadora a pagar en su favor las prestaciones sociales y vacaciones causadas por toda la relación laboral, así como la sanción por no consignación de las cesantías. la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales, los aportes a la seguridad social en pensión, la indemnización por despido sin justa causa y los salarios adeudados de octubre de 2018 a marzo de 2020.

Como sustento de sus súplicas, relata en síntesis que desde el 01 de julio de 2015, en virtud de la existencia de una relación laboral con Orthodonty S.A.S., se desempeñó como ortodoncista en el establecimiento de comercio que la demandada tiene en Dosquebradas, para, a partir del 22 de agosto de 2018, extender la prestación del servicio a la clínica que abrió la pasiva en la ciudad de Pereira.

Refiere que el salario estaba establecido sobre el 40% de los ingresos netos de los procedimientos por ella realizado, incluyendo ambas sedes de la demandada, no obstante a partir de octubre de 2018 no le fue cancelada su remuneración, solo

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

unos pocos abonos; que durante toda la relación laboral no le fueron pagadas sus prestaciones sociales, aportes a la seguridad social ni disfrutó de vacaciones y; que su horario de trabajo era los lunes y viernes de 8:00 am a 12:00 m y de 2:00 pm a 6:00 pm en la sede Dosquebradas y a partir del 22 de agosto de 2018 los miércoles y jueves de 8:00 am a 12:00 m y de 2:00 pm a 6:00 pm en Pereira.

Finalmente, afirma que terminó la relación laboral el 27 de junio de 2020 por la falta de pago de salarios desde octubre de 2018 y que, durante la vigencia del contrato de trabajo, se configuró la coexistencia de contratos con otras clínicas de ortodoncia.

En respuesta a la demanda, **Orthodonty S.A.S.**, negó la existencia del contrato de trabajo y se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que celebró con la demandante un contrato de prestación de servicios por los hitos indicados en la demanda, por lo cual le reconocía a la actora honorarios y no debía reconocerle prestaciones sociales, cotizaciones al sistema de seguridad social ni indemnizaciones. Así, como excepciones de fondo propuso las que denominó: "ineptitud de la demanda por inexistencia de un contrato de trabajo y de las obligaciones que se pretenden deducir a cargo de la demandada", "temeridad y mala fe", "prescripción" y "condena en costas".

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia de primera instancia, la a-quo declaró que entre la demandante y la demandada existió un contrato de trabajo entre el 01 de julio de 2015 y el 27 de junio de 2020, razón por la cual condenó a la empleadora a reconocer en favor de la actora las siguientes sumas de dinero:

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

- \$8.989.224 por concepto de prima de servicios
- \$1.428.868 por concepto de vacaciones
- \$10.923.036 por concepto de cesantías
- \$794.718 por concepto de intereses a la cesantía
- \$84.029.749 por concepto de salarios
- \$55.409.653 por concepto de indemnización por no consignación de cesantías.
- \$29.260 diarios a partir del 28 de junio de 2020 y hasta por 24 meses, vencidos los cuales deberá pagar intereses moratorios a la tasa que certifique la superintendencia financiera hasta el pago total de salarios y prestaciones sociales adeudadas, por concepto de indemnización moratoria.

De otro lado, ordenó a la demandada pagar al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliada la actora, el valor del cálculo actuarial por los aportes por toda la relación laboral, teniendo como IBC el salario mínimo entre el 01 de julio de 2015 y el 27 de septiembre de 2018 y abril a junio de 2020, mientras que de octubre de 2018 a marzo de 2020 el IBC sería el definido en el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones formuladas, salvo la prescripción que triunfó parcialmente e impuso las costas procesales en un 80% a la parte demandada.

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

Para llegar a tal determinación, la A-quo, con apoyo en la jurisprudencia patria, dio paso a la presunción de la existencia de la relación laboral por la suscripción del contrato de prestación de servicios entre las partes, por lo que, consideró que debía la demandada desvirtuar la subordinación. No obstante, concluyó que la pasiva no cumplió con la carga que le correspondía, toda vez que la prueba testimonial dio cuenta que la actora no era autónoma ni independiente para la toma de decisiones, antes bien debía consultar con los agentes de la demandada cualquier determinación, estando sometida al horario y disponibilidad impuestas y, por ende, ante la existencia del contrato de trabajo y sin haberse demostrado el pago de prestaciones sociales y salarios, la demandada debía reconocer las acreencias laborales a la actora sobre la base del salario mínimo durante los periodos no reconocidos y, con las sumas indicadas en la demanda para los restantes, que no fueron objeto de oposición.

Aclaró que la demandada debe reconocer únicamente las acreencias causadas y exigibles antes del 26 de marzo de 2018, en virtud de la prescripción que operó sobre las sumas causadas con anterioridad a dicha calenda.

En cuanto la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de las cesantías, advirtió la jueza que dada la forma en que se desarrolló la relación laboral, no era discutible la naturaleza del contrato de trabajo, puesto que la actividad era propia de una trabajadora bajo continuada subordinación y únicamente se usó el contrato de prestación de servicios para que la demandada eludiera sus responsabilidades, a su juicio era muestra de mala fe y, por ende, procedían las indemnizaciones deprecadas, adicional a lo cual no se probó la calidad de socia de la actora como para inferir que podía influir en los pagos lo que.

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

3. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandada fundamenta su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia en cuanto a que alega que se allegaron múltiples pruebas que dieron cuenta de que la relación entre las partes era civil o comercial de prestación de servicios. Añadió que se suscribió el contrato que aceptó la demandante, por lo cual se pagó de honorarios, no obstante, aduce que las profesiones liberales de salud no llevan incita la subordinación, toda vez que se les permite que fijen la forma como se trabaja, siendo claro que la demandante prestaba el servicio sin dependencia o subordinación al gerente de la empresa o al representante legal de la demandada que le permitiera exigir la forma como debía cumplir su labor, en el entendido que por su formación técnica científica era ella quien determinaba cómo atender sus pacientes y que, si bien había una agenda que cumplir, esta era concertada con la prestadora de acuerdo a su tiempo, sin que estuviera sujeta a reglamentación interna de los trabajadores de planta que eran las auxiliares.

Insistió en que la misma demandante reconoció que le pagaban honorarios y presentó cuentas de cobro por este concepto, sin haber efectuado reclamación alguna por salario o aportes a la seguridad social durante la vigencia del contrato, razón por la cual se le pagó de acuerdo a lo que ella reclamó por el porcentaje de paciente atendido, por lo cual no se configuró mala fe por desconocer sus derechos, ya que desde la suscripción del contrato la demandante aceptó el tipo de contrato.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN/CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

Analizados los alegatos presentados por la demandada, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del art. 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

De acuerdo al esquema del recurso de apelación le corresponde a la Sala, como primera medida, establecer si del material probatorio allegado por ambas partes se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

6. CONSIDERACIONES

6.1. CONTRATO DE TRABAJO – PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES- PROFESIONES LIBERALES

Con arreglo al artículo 22 del C.S.T., es contrato de trabajo aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono y la remuneración, cualquiera sea su forma, salario.

Por su parte, el artículo 23 de la misma obra determina que para que haya contrato de trabajo se requiere la presencia de tres (3) elementos esenciales y concurrentes, de tal suerte que faltando uno solo de ellos se desvirtúa la relación

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

laboral, a saber: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

A reglón seguido, el artículo 24 ídem consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal estuvo regida por un contrato de trabajo, la cual, en sentir de la doctrina imperante, revierte la carga de la prueba al empleador. En ese sentido, ya de vieja data se tiene esclarecido en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dando alcance a la citada presunción, que *"acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente"*.

De acuerdo a lo anterior, por el alcance efectivo de la mentada presunción, el juez no tiene por qué verificar si en la relación tuvo lugar la subordinación y dependencia del prestador del servicio al contratante o beneficiario del trabajo, sino que su labor se limita a indagar si aquella se desvirtuó (SL-3009-2017 del 15/feb/17, M.P. Gerardo Botero Zuluaga)¹.

Conviene aclarar, igualmente, que de conformidad con el artículo 23 del C.S.T., la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, es la facultad legal que este último tiene para exigirle al primero el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo,

¹ *"el juez no tenía por qué verificar si esa actividad laboral se hizo bajo subordinación laboral, pues ese hecho debió considerarlo debidamente acreditado por razón de la presunción consagrada en la norma legal que infringió directamente. Toda vez que esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, mas no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley"*.

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

Ahora, en los casos en los que se discute la existencia de un contrato de trabajo definido inicialmente por las partes como de carácter civil o comercial necesario resulta la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, establecido constitucionalmente en el artículo 53 de la carta política, y ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional a partir de la sentencia C- 665 de 1998. Dicha garantía legal y constitucional se extiende a la contemplación fáctica en que se ha enmarcado la prestación del servicio, en orden a privilegiar la realidad sobre las formalidades en que la misma se ha ejecutado, a fin de que no se distorsione la figura del contrato de trabajo mediante la introducción aparente de otras modalidades o figuras de negocio contractual, con la exclusiva finalidad de evadir el cumplimiento de las obligaciones propias del nexo laboral.

En ese orden, lejos de otorgar validez a prima facie a las formalidades en que las partes han convenido la relación contractual, es obligación del operador judicial auscultar y analizar de manera rigurosa los distintos elementos significativos en que se dio la ejecución de las actividades personales (horarios, remuneración, supervisión o vigilancia, ordenes e instrucciones, capacitaciones, disponibilidad, exclusividad, instalaciones y herramientas para ejecutar la labor, entre otros), en orden a que prevalezca la realidad de los hechos, bien sea para descartar o para confirmar la existencia del contrato de trabajo.

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL225 de 2020, recordó que la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo tiene plena aplicación en las profesiones liberales, pese a que precisamente se les califique como "liberales" porque en su

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

desempeño media la autonomía técnica, organizativa y profesional, siendo sus rasgos distintivos: la autodeterminación en el desarrollo de las tareas, la responsabilidad personal atribuible a quienes las ejercen y el código ético profesional que guía su ejercicio, ello por cuanto, la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo opera, sin excepción o distinción, en «*toda relación de trabajo personal*» regulada por dicho estatuto, tal como fue definido por la Corte Constitucional en la sentencia C – 665 de 1998 cuando decidió la inexecutable del inciso 2.º del artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, por el cual se modificó el artículo previamente referido que exceptuaba de la presunción a quienes presten servicios personales en ejercicio de una profesión liberal y a quienes lo hagan en desarrollo de un contrato civil o comercial.

En otra oportunidad, la alta corporación, propiamente en la providencia SL 3345 de 2021, al referirse a las profesiones liberales y la materialización de la subordinación, explicó:

“Al respecto, en la mencionada decisión CSJ SL1439-2021 asentó la Corporación:

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 fábricas 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». 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

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministrados por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo).

(...)

Nótese que con lo anterior no se desconoce en modo alguno que en este tipo de contratación civil o independiente no están prohibidas la fijación de horarios, solicitar informes, establecer medidas de supervisión o vigilancia, y que incluso es válido impartir instrucciones o directrices en la ejecución del servicio, pues «naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador» (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 40121); actividad que se ha considerado como de coordinación.

Lo importante es que estas acciones no desborden su finalidad al punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo (CSJ SL2885-2019). Esto ocurre precisamente cuando esas instrucciones, fijación de horarios y supervisión o control de la labor se imparten en el marco de la inserción o disponibilidad del trabajador en la organización de la empresa, a tal punto que limiten su autonomía y autodeterminación de su tiempo de trabajo debido a los controles y seguimientos del empleador.”

Finalmente, esta Corporación ha sostenido de tiempo atrás², que la presunción no releva al trabajador de la carga de acreditar por cualquier medio de prueba los hitos temporales del vínculo, esto es, las fechas de iniciación y terminación del contrato, supuesto fáctico sin el cual no es posible liquidar las

² Sentencia del 11 de abril de 2014. Radicado 2012-00732, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo. Cabe agregar que en la declaratoria del contrato realidad corresponde al trabajador, además de demostrar la prestación personal del servicio, acreditar los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho el despido, entre otros, tal como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver, entre otras, la sentencia del 4 de noviembre de 2015, identificada bajo en denominativo SL 16110-2015)

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

prestaciones que se reclaman, que en últimas constituye la razón de ser de la demanda.

7. CASO CONCRETO

A efectos de resolver la apelación de la parte demandada, sea lo primero advertir que la pasiva no niega la prestación del servicio de la señora Ana María Gallego Salazar en su favor, sino que alega que en este caso no se materializó el elemento diferenciador de subordinación y, por ende, la relación es civil o comercial y no laboral, en el entendido que entre las partes se suscribió un contrato de prestación de servicios.

De hecho, al rendir interrogatorio de parte, la señora Paula Andrea Lozano Pulido, **representante legal de la demandada**, afirmó que la demandante prestó servicios del 01 de julio de 2015 al 27 de junio de 2020, sin que se le adeuden honorarios, diferenciando que la actividad era desarrollada en Dosquebradas los días lunes y viernes y en Pereira los días miércoles y jueves, en ambos casos de 08:00 am a 12:00 m y 2:00 pm a 6:00 pm y sin recibir órdenes por parte del gerente de las clínicas, Luis Fernando Marmolejo, puesto que él únicamente estaba encargado de dar permisos a las 04 auxiliares con contratos de trabajo, más no a los prestadores de servicios.

Afirmó que nunca le pagaron prestaciones sociales porque era contrato de prestación de servicios, a raíz del cual ella entregaba planilla de aportes a la seguridad social junto con la cuenta de cobro y la lista de pacientes para que se le reconocieran honorarios y que la agenda de los pacientes estaba definida de acuerdo al tiempo que dispusiera la actora en los días previamente determinados, para lo cual les informaba a las auxiliares los días y horarios en los que prestaría el servicio

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

y las auxiliares agendaban los clientes, teniendo que informar entre una semana y 02 días antes de su tiempo.

Por su parte, la **demandante** no confesó que desarrollara la labor con independencia y autonomía, pues contrario a ello, afirmó que la demandada le pagaba un salario equivalente al 40% del valor de los servicios prestados a los pacientes, que le suministraba la infraestructura y los insumos como algodones y brackets, al igual que las auxiliares para su labor de ortodoncista, salvo las pinzas especializadas que sí eran de su propiedad y que el gerente de la clínica le ordenaba atender un determinado paciente, que le activara un aparato y no lo facturara o que le hiciera un descuento.

Agregó que efectuaba valoraciones a pacientes nuevos y estas no tenían costo, por lo que no se las pagaban, pese a que ella estaba en la clínica cubriendo el horario y esperando el paciente para valorar los días lunes y viernes en Dosquebradas y en Pereira miércoles y jueves de 08 a 02 y de 02 a 06, sin que tuviera injerencia en la agenda, salvo que solicitara permiso a Luis Fernando Marmolejo, en caso de que ella necesitara salir a determinada hora para recoger a su hija del jardín o llevar a la mamá a terapia, y una vez él le autorizaba por correo, llamada o WhatsApp, él mismo coordinaba la agenda con la auxiliar, en el entendido que ella solo tenía trato con la auxiliar para la parte operativa, más no para la agenda que estaba determinada con un mes de antelación en razón de los controles de los pacientes.

Añadió que durante el contrato de trabajo con la demandada, en los momentos en que no estaba cumpliendo su labor para la pasiva, prestó sus servicios en otras clínicas como Dontoimagen, Clínica Odontológica del Sur y en un consultorio de una amiga, último al que a veces asistía los martes o los sábados que arrendaba

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

el espacio, por lo cual ella pagaba directamente sus aportes a la seguridad social, tal como se lo indicó el señor Luis Fernando y ella lo hacía des el 2001 que empezó su vida laboral.

En cuanto a la prueba testimonial, la señora **Elcy Yurany Castillo Lloreda** (testiga de la parte demandante), afirmó que conoció a la demandante desde julio de 2016 cuando ingresó a la demandada como auxiliar de ortodoncia en Dosquebradas y la actora era ortodoncista, cumpliendo siempre un horario de 8 a 12 y de 2 a 6 los lunes y viernes, ya que no podía la actora disponer libremente de su tiempo, puesto que recibía órdenes y directrices sobre el horario y pacientes del señor Luis Fernando, a quien debía dirigirse para pedir permiso si necesitaba ausentarse.

Por su parte, el señor **Rubén Darío López Ossa** (testigo de la parte demandante), cónyuge de la demandante, indicó que a pesar de no estar presente cuando la actora suscribió el contrato de trabajo ni cuando le dieron órdenes, tiene conocimiento de la relación laboral porque él era quien realizaba el pago de los aportes a la seguridad social sobre el 40% del salario que obtenía por parte de Othodonty, al igual que se enteró de que estuvo mucho tiempo sin recibir salario, ya que él le manejaba la cuenta precisamente para pagar la seguridad social.

De otro lado, el señor **Luis Fernando Marmolejo Muñoz** (testigo de la parte demandada), quien se identificó como gerente de la clínica Orthodonty y cónyuge y suplente de la representante legal, dio cuenta de que la demandante fue contratista en la empresa del 2015 al 2020 como ortodoncista en Dosquebradas lunes y viernes, en los horarios que ella fijaba según su agenda personal y que le comunicaba directamente a la auxiliar y a él respecto a su disponibilidad un mes

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

antes y que, si un día llegaban pacientes para valoración, no se pasaban hasta que ella diera la orden de hacerlo.

Recalcó el testigo que la actora nunca le pedía permiso, sino que solo le informaba que no podía ir, ya que él no le daba órdenes y le pagaba cada mes de acuerdo a la cuenta de cobro que ella pasaba con la lista de pacientes atendidos y que cuando no le pagaron los honorarios fue porque la misma actora les dijo que tomaran el monto de los mismos para asumir los gastos que le correspondían en la nueva clínica de Pereira, frente a la cual tenía un contrato de prestación de servicios y adicional uno de asociación para explotación económica, pero sin injerencia en la administración y sin acciones.

Precisó que no imponía horario ni reglamento a la actora, porque ella era autónoma, también prestaba sus servicios en otras partes y tenía el manejo total del paciente, ya que era ella quien valoraba e identificaba el problema de cada persona, determinaba la cantidad de controles y la duración del tratamiento, para lo cual no prestó servicios en días distintos a lunes y viernes en Dosquebradas, pero que en Pereira sí asistió en diferentes días cuando no pudo ir un miércoles o jueves.

Finalmente, la señora **Yuly Andrea Osorio Giraldo** (testiga de la parte demandada), manifestó que es auxiliar en salud oral en Orthodonty desde 2019 en la sede de Dosquebradas y que también estuvo un tiempo en la sede de Pereira, por lo cual le consta que la demandante prestaba sus servicios en las dos clínicas, asistiendo a una los días miércoles y jueves y a la otra los días lunes y viernes, con un horario que iba de 8 a 11:30 am y de 2 a 5:30 normalmente, dependiendo de los pacientes, porque si terminaba la agenda se iba antes, a pesar de lo cual si llegaban pacientes para valoración que no estaban agendados, se pasaban en un "huequito" y si había mucha gente se agendaban para otro día.

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

Indicó que a la demandante no le daban órdenes, solo hablaban de los pacientes pero que todas las doctoras eran autónomas respecto a determinar su tiempo y el día para atender y que si siempre iba los mismos días era porque también había otras doctoras que estaban cuando la actora no iba. Afirmó que los elementos e insumos eran de la clínica y que la demandante solo ponía las pinzas de ortodoncia, pero que el instrumental básico lo ponía la clínica.

Respecto a las ausencias de la demandante, manifestó que la actora les decía a las auxiliares cuando no podía estar y también le decía al señor Luis Fernando el motivo de su indisponibilidad, pero que él no la autorizaba ni tampoco vio que fuera objeto de llamados de atención o imposición de reglamentos para el cubrimiento de la labor.

De conformidad con lo anterior, como la prestación personal del servicio se encuentra acreditada no solo por la confesión de la pasiva sino por la prueba testimonial que da cuenta que en efecto la demandante prestó sus servicios como ortodoncista en las clínicas de propiedad de la demandada en Dosquebradas y Pereira, en virtud del art. 24 del CST se activa la presunción de que dicho servicio estuvo regido por un contrato de trabajo, sin que haya lugar a comprobar los restantes dos elementos definidos en el art. 23 ibidem, puesto que, al activarse la presunción, la carga de la prueba, en cuanto desvirtuar la subordinación, recaía en la demandada.

En ese orden, como ha sido clara la jurisprudencia, al dar aplicación a la presunción establecida en el art. 24 del CST, que al trabajador le basta demostrar la prestación del servicio, como ocurrió en este caso y que, así, todo el ejercicio probatorio recae en la demandada en cuanto a desvirtuar la subordinación, debe

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

decirse que lo cierto es que, contrario a lo alegado por la recurrente, del material probatorio que se aportó al plenario no se desvirtuó dicho elemento, toda vez que los deponentes no dieron cuenta de una clara independencia por parte de la demandante, en la medida que todos coincidieron en que la demandante cumplía un horario y tenía días establecidos de prestación del servicio, mismos que de necesitar la actora modificarlo debía contar con la autorización de su jefe directo, el señor Luis Fernando, ultimo quien, si bien negó la concesión de tales permisos como lo hiciera la señora Yuly Andrea Osorio, lo cierto es que del testimonio de esta última también se obtiene que la actora debía comunicarle al gerente de la clínica no solo su indisponibilidad, sino el motivo de su ausencia, lo cual, para la Sala únicamente tendría razón de ser en el hecho de que el gerente debía aprobar el permiso de la actora, pues de lo contrario, si realmente ella pudiese manejar su tiempo, solo le indicaría que no podría asistir para que ajustara la agenda, sin entrar en detalles que solo se le comunican al superior cuando se busca de él aprobación.

Por otra parte, con los testimonios también se obtuvo que la actora manejaba los insumos y herramientas que le eran proporcionados por la demandada, salvo las pinzas más especializadas que sí eran de su propiedad, adicional a lo cual trabajaba de manera concatenada con las auxiliares que sí eran vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, lo cual desdice claramente del contrato de prestación de servicios, puesto que aun cuando las auxiliares y la ortodoncistas no presten exactamente el mismo servicio, si cooperan y, por ello, al tener que estar presente ambas para la atención de los pacientes, al vincularse aquellas directamente, no habría razón que justificara la vinculación de la actora mediante un contrato civil.

Siguiendo con el restante material probatorio, se advierte que la documental aportada con la demanda no prueba, como lo aduce el apoderado judicial de la demandada, la existencia de un verdadero contrato de prestación de servicios, toda

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

vez que, como primer punto, los archivos que contienen la relación de la totalidad de los pacientes atendidos por la demandante solo dan cuenta de la prestación del servicio dentro de unas franjas horarios uniformes durante un periodo de tiempo considerable, con lo cual se refuerza la exigencia del cumplimiento del horario establecido por la actora entre las 08 am y las 06 pm y no que ella se ausentaba cada vez que quisiera.

Como segundo punto, se encuentra que con la contestación de la demanda se aportaron dos impresiones de WhatsApp, frente a las cuales debe decirse que aunque no se desconozca el valor probatorio que pueden tener este tipo de intercambios telefónicos, lo cierto es que en este caso no es posible establecer las partes que intercambiaron dichos mensajes, como para concluir que realmente la emisora fue la demandante y el destinatario el gerente de la clínica, toda vez que no se observa el nombre o número de teléfono al que pertenece el chat y, por ende, bien podría tratarse de una conversación entre el señor Luis Fernando y alguna otra de las ortodoncistas que se indicó que prestaron los servicios en la clínica.

Con todo, debe resaltarse que la conversación del 27 de septiembre de 2018 (página 66, archivo 10) contrario a lo esgrimido por la pasiva, no se aprecia como una comunicación desprovista de subordinación, en la medida que claramente el remitente está excusando una ausencia y promete que no volverá a pasar, adicional a lo cual le pide al destinatario del mensaje que le indique si puede ausentarse una tarde del tercero o cuarto jueves de cada mes, a lo cual, su interlocutor le responde que el tercero. Y es que, si realmente el mensaje se envió por parte de la demandante al gerente de la clínica y si ella hubiese tenido en verdad total independencia, no hubiese prometido que no volvería a ausentarse ni preguntado qué jueves del mes podría faltar a trabajar, ya que simplemente se hubiera limitado a indicar que no asistiría, con el fin de que se reorganizara la agenda.

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

La restante documental corresponde a cuentas de cobro, relación de gastos, contrato de prestación de servicios y certificados bancarios, mismos que nada aportan respecto a la existencia o no de subordinación.

De acuerdo con lo expuesto, no sale adelante el recurso de apelación propuesto por la demandada, en la medida que no logró desvirtuar la presunción del art. 24 del CST y, por ende, tal como lo hizo la jueza de primera instancia, es procedente declarar la existencia del contrato de trabajo por los extremos por ella determinados, como quiera que los hitos temporales no fueron objeto de apelación, lo que conlleva a su vez a ordenar el pago de las acreencias laborales deprecadas en la demanda y reconocidas por la a-quo, en la medida que no se aportó al plenario ninguna prueba que dé cuenta del cumplimiento por parte de la demandada de reconocer en favor de su trabajadora las prestaciones sociales, antes bien, en el interrogatorio de parte, la representante legal claramente confesó que por el tipo de contratación no había efectuado dicho pago.

Ahora, si bien no se apeló directamente la imposición de sanciones por el incumplimiento de la consignación de las cesantías y el pago de la liquidación de las prestaciones sociales al finalizar el contrato, la inconformidad frente a este punto se desprende de la negación del contrato de trabajo y del argumento de la apelación consistente en que no hubo mala fe porque no se desconocieron derechos, razón por la cual la Sala se detendrá en el estudio de la procedencia de las mencionadas indemnizaciones a las que se accedió en primera instancia.

Así, aunque no hay duda del incumplimiento de la consignación de las cesantías y del pago de la liquidación de las prestaciones sociales y salarios al finalizar el contrato, es bien sabido que las sanciones por tales omisiones no

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

proceden de manera automática con el simple incumplimiento o retardo en el pago, puesto que debe constatarse si el empleador ha actuado o no de buena fe, la cual ha sido entendida como la convicción de obrar con lealtad y honradez respecto del trabajador. Para esto, ha precisado la Corte Suprema de Justicia que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables.

Asimismo, ha indicado la jurisprudencia patria que no le basta a la demandada argüir la suscripción de contratos de prestación de servicios para resultar exonerada de las sanciones por falta de pago e indemnización moratoria, puesto que ha estimado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aun en los casos en que se debate la existencia de un contrato de trabajo en el que está inmersa una profesión liberal que “la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando bajo un vínculo no laboral, pues, en todo caso, es indispensable verificar «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014)”.

En ese orden, aplicando el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia se encuentra que la demandada justificó el impago de las prestaciones sociales en que al suscripción del contrato de prestación de servicios las mismas no se causaron, mientras que la falta de pago de salarios u honorarios como fueron denominados por la pasiva, se devió a un acuerdo celebrado con la demandante, según el cual la remuneración obtenida por la prestación de sus servicios como ortodoncista sería utilizada para asumir los gastos del funcionamiento de la clínica de Pereira, en virtud

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

de la asociación de explotación económica y por la cual la actora se comprometió a apoyar tales gastos.

No obstante, como se decantó líneas atrás, quedó en evidencia que la contratación de la actora no estaba desprovista de subordinación y que, aun desarrollando una profesión liberal, debía cumplir un horario bajo la supervisión del gerente de la clínica a quien debía informar los momentos en que no podía prestar el servicio y la justificación de sus ausencias, laboraba en las instalaciones de la entidad, con sus materiales y herramientas de trabajo, adicional a lo cual la labor desarrollada era permanente y propia del giro ordinario de las actividades de Orthodonty, último por lo cual debió ser plenamente consciente la pasiva que la orodoncista era parte fundamental de su estructura organizativa, a fin de garantizar una atención directa, controlada y personalizada a sus clientes, aspecto que solamente podía cumplir si ejercía un control directo frente a la actora, quedando incluso especificado en el contrato de prestación de servicios algunas cláusulas que dan cuenta de la presencia de subordinación, a saber:.

“SEXTO. Obligaciones del CONTRATISTA: (...)

7. El CONTRATISTA debe cumplir con la prestación del servicio los días previamente acordados con el CONTRATANTE los cuales no podrán ser modificados sin la autorización del CONTRATANTE (...).

9. Cuando por algún motivo el CONTRATISTA no pueda asistir a la Clínica, dará aviso oportuno por escrito por lo menos con un (01) mes de antelación (...)”

14. Cumplir y acatar las tarifas, recomendaciones y sugerencias que el CONTRATANTE diseñe y formule en cuanto a la prestación de los servicios de ortodoncia y odontología general y especializada que se ofrezcan en las clínicas. (...).

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

OCTAVO. (...) que queda terminantemente prohibido a este ceder o traspasara terceros las ORTHODONTY S.A.S obligaciones y derechos que este contrato le imponen, salvo que medie autorización previa y expresa del CONTRATANTE”.

Como puede verse, desde la suscripción del contrato de prestación de servicios a la actora se le impuso la prestación del servicio bajo las directrices establecidas por la demandada, sin que la actora pudiese modificar los días de atención y tampoco podía enviar a terceros desarrollaran sus labores, por lo cual no es creíble que la entidad estuviera razonablemente convencida de que la demandante fuese una trabajadora genuinamente autónoma, como para exonerarse de las sanciones moratorias, a lo cual debe sumarse que aun bajo la denominación de honorarios, tampoco le fue pagada la totalidad de la remuneración a la ortodoncista, sin que se haya allegado prueba de que la actora realmente autorizara que su contraprestación monetaria fuera utilizada para el sostenimiento de la sede de Pereira, máxime que, si se tiene en cuenta que la demandante laboraba 04 días de la semana al servicio de Ortodonty, la mayoría de sus ingresos debieron provenir de dicha vinculación, por lo que no es razonable que hubiera comprometido los ingresos con los que satisfacía sus necesidades básicas sin obtener ninguna utilidad por ello, pues la misma representante legal admitió que nunca se generaron dividendos por el funcionamiento de la sede en donde aportaba la actora, lo cual era independiente de los contratos de prestación de servicios.

Por lo anterior, la demandada debe pagar las indemnizaciones a las que fue condenada en primera instancia, como quiera que su omisión no estuvo razonablemente justificada, por la evidente muestra de elementos edificadores de un verdadero contrato de trabajo y, con ello, se responde el argumento de la apelación consistente en que no hubo mala fe porque no se desconocieron derechos, toda vez que, el ejercicio probatorio demostró que sí se le adeudan acreencias a la

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

demandante, en virtud del contrato realidad y que, aun sin esta declaratoria, tampoco reconoció la totalidad de la remuneración pactada.

Y es que, en este punto resulta importante advertir que mediante la sentencia SL5015 de 2021 la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia casó una providencia de este tribunal en la que se había exonerado al empleador de la sanción moratoria por considerarse que estaba convencido de que la contratación obedeció a la prestación de servicios y que el actor, al ostentar una profesión liberal, era autónomo e independiente, lo que denotaba un actuar desprovisto de mala fe.

Finalmente, como se dejó plasmado al inicio de las consideraciones generales y el precedente jurisprudencial, no es cierto que la subordinación no aplique a las profesiones liberales, puesto que incluso para esta clase de oficios, es plenamente aplicable la presunción establecida en el art. 24 del CST, ya que, estos profesionales también pueden ver coartada su autonomía y autodeterminación de su tiempo de trabajo debido a los controles y seguimientos del empleador, aun cuando estos no tenga el conocimiento científico para ordenarles cualitativamente la forma de desempeñar la labor.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, sin que haya lugar a liquidar los emolumentos reconocidos, como quiera que no se apeló el monto de los mismos.

Corolario de lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia y, al no prosperar el recurso, las costas de segunda instancia correrán a cargo de la demandada.

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Ana María Gallego Salazar** en contra de **Orthodonty S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la demandada, y a favor de la demandante. Liquidense por el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada Ponente,

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Radicado: 66001-31-05-004-2021-00117-01
Demandante: Ana María Gallego Salazar
Demandado: Orthodonty S.A.

Con firma electrónica al final del documento
GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO

Firmado Por:

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: **d47b547b5cf36515315f6c0f654e7eb64605e4f596158e2c7bf358b28ada84c0**

Documento generado en 13/10/2023 08:00:03 AM

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