

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

REF. ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA

DE: JOSÉ WALTHER ZAPATA MEDINA

Vs. CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM & CIA. LTDA. -
COSMITET

RADICACIÓN: 760013105 018 2015 00047 01

Hoy veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022), surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 1614 del 30 de noviembre de 2021, resuelve las **APELACIONES** de las partes, respecto de la sentencia No. 251 dictada por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JOSÉ WALTHER ZAPATA MEDINA** contra la **CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM & CIA. LTDA. -COSMITET**, con radicación No. **760013105 018 2015 00047 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 27 de enero de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 03**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el artículo 11 del Acuerdo PCSJA21-11840 del 26-08-2021, en ambiente preferente virtual.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la apelación en esta que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 04

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante está orientada a que se declare la existencia de un contrato realidad de trabajo con la **CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM & CIA. LTDA. -COSMITET**, a término indefinido entre el 1-04-2011 al 30-09-2015 y en consecuencia, sobre

un salario promedio de \$ 7'889.865 se reconozca y pague, por todo el tiempo laborado, cesantías, intereses a ésta, vacaciones, primas de servicios, indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales (art. 65 C.S.T.), indemnización por falta de consignación de cesantías en un fondo (art. 99 ley 50 de 1990), indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías (art. 5 decreto 116/1976), indemnización por despido sin justa causa, devolución de descuentos por retención en la fuente y aportes al Sistema de Seguridad Social asumidos por el accionante e indexación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante que laboró para COSMITET LTDA. a través de un “supuesto” contrato de prestación de servicios profesionales de medicina, desde el 1-04-2011 al 30-09-2015, vinculado como médico general de UCI INTERMEDIA, con pacto de duración contractual de 4 meses, prorrogables. Que fue despedido sin justa causa el 30-09-2015. Que su actividad fue continua y permanente en la UCI INTERMEDIA y no temporal, acorde al objeto social de la entidad, en el lugar determinado por la CONTRATANTE, con los equipos y elementos suministrados por la empresa, ceñido a instrucciones de su jefe inmediato, cumpliendo el horario establecido por la entidad demandada, coordinado por enfermería y sujeto a controles de superiores jerárquicos y llamados de atención. Que todo cambio de turno requería autorización de Coordinación Médica y con el personal del mismo servicio de la entidad. Que laboró tiempo completo realizando 2 esquemas de turnos. Que mensualmente por exigencia de la entidad presentaba relación de turnos prestados para su respectivo pago. Que el salario fue variable mes a mes, acreditado con las cuentas de cobro. Que recibió llamado de atención por no encontrarse en su sitio de trabajo en junio de 2014, pese a encontrarse valorando un paciente en urgencias. Que en octubre de 2014, llamó la atención a un médico de urgencias, lo cual propició convocatoria de Dirección medica para requerirle el cumplimiento del contrato. Que en septiembre de 2015 tuvo percance con familiares de un paciente, luego de lo cual le terminan su CPS el 23 de septiembre de 2015 sin justa causa. Que el descuento de retención en la fuente no se realizó en debida forma y que COSMITET descontó seguridad social.

La demandada **CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM & CIA. LTDA. -COSMITET** (fls. 140-148) se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues consideró que entre las partes no existió vínculo laboral sino un contrato de prestación de servicios (CPS), sin lugar a causar ninguna prestación económica, ni indemnización alguna. Propuso las excepciones de FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA MATERIAL, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN EL CONTRATO DE TRABAJO.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión de primera instancia, fue proferida por el Juzgado 18 del Circuito de Cali, por cuya parte resolutive se declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción de prestaciones económicas como vacaciones y primas causadas entre 1-04-2011 a 10-12-2012 e inexistencia de obligación de pago de indemnización moratoria del artículo 65 C.S.T, falta de consignación de cesantías (art. 99 ley 50 de 1990), indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías (art. 5 decreto 116/1976) y por la devolución de aportes por retención en la fuente y aportes al Sistema de Seguridad Social.

Declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año del 1-04-2011 a 30-07-2011 y prorrogado sucesivamente hasta el 31-07-2016, finalizado sin justa causa el 30-09-2015. En consecuencia, condenó al pago de prima de servicios y vacaciones (años 2013 a 2015), cesantías e intereses a cesantías (2011 a 2015), indemnización por despido sin justa causa, indexación de las condenas y costas procesales.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandada recurrió lo atinente a la declaratoria del contrato realidad por cuanto nunca se presentó un contrato de trabajo sino uno de prestación de servicios que goza de toda la legalidad, con todos los requisitos. Solicita se tenga en cuenta la calidad del contratista, pues no es un trabajador común asalariado sino un profesional con altas calidades académicas, capaz de prestar sus servicios de manera autónoma e independiente, dado su conocimiento y experiencia. Dentro del gremio médico es una forma común de ejercicio para adecuarse a turnos de prestación de servicios y disponibilidad de tiempo libre, sin cumplir horario y ganar honorarios extras con otras entidades, si a bien lo tienen, o con una sola empresa, como en el presente caso. Que el servicio de médicos en UCI no les conviene quedar atados a un solo contrato de trabajo. Que el demandante confesó que delegó su turno a otro médico, por encargo del demandante, lo cual es signo de total independencia, autonomía técnica y administrativa para ejecutar el objeto del contrato, como dice la cláusula 1 del CPS que se aportó. El elemento del *intuitio personae* característico del contrato de trabajo no se satisfizo, sin ser posible que un tercero ejecutara la actividad personal, pues se iría al traste dicho elemento del artículo 24 del C.S.T. La ejecución de funciones como médico general de la UCI con elementos e instrumentos de propiedad de la empresa, advirtió que en efecto pertenecen a la UCI y comunes a todo el personal que ahí labore, sin asignación específica. Recordó que la bata médica y el fonendoscopio no son suministrados por la Clínica, sino de propiedad del demandante. Rememora la sentencia SL13020-2007 de la Sala Laboral C.S.J. para señalar que el cumplimiento de protocolos depende del análisis particular del caso, pues el Sistema

de Salud (ley 100/1993) impone ciertas reglas a las que están sujetos los prestadores de servicios de salud (PSS). Con relación al horario, en el numeral 1 de la cláusula 3 del CPS suscrito entre las partes se pactó que el horario era nocturno para contar con su disponibilidad, resultado del acuerdo de voluntades. Insiste en el interrogatorio de parte y el esquema doble de turnos aceptado por él, así como la posibilidad de percibir honorarios por hora prestada, al no exigirle cumplimiento de horarios, que rondó inicialmente entre \$ 27.000 y terminó en \$ 28.000 por hora promedio para los médicos en UCI's en Cali, lo cual es coherente con las cuentas de cobro anexos, con diferencias entre un mes y otro. Que la parte demandante solo probó la prestación personal de servicios a favor de COSMITET, que no implica relación laboral como lo explica la sentencia SL9801-2015, pues es un elemento propio de una relación civil o comercial. Que se desvirtuó la presunción del artículo 24 CST y y la parte demandante no acreditó dicho elemento diferenciador. Que las testigas no pudieron afirmar ni siquiera acerca de su propia vinculación. Solicito la revocatoria de la sentencia condenatoria. Subsidiariamente, no está conforme con la declaratoria del contrato a término fijo, sino debe tomarse indefinido, pues si se declaró ilegal el CPS para declarar contrato realidad, ello para la reliquidación de la condena por despido injusto. Pide aplicación de la excepción de prescripción de intereses sobre la cesantía, pues su causación ocurre en vigencia del contrato de trabajo.

La parte demandante planteó apelación contra los siguientes puntos específicos: i) negativa a indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales (conforme al artículo 65 C.S.T., modificado por la ley 789 de 2002), negativa a la indemnización por no consignación de cesantías (SL8216/2016 y artículo 99 de ley 50 de 1999, y por el no pago de intereses a la cesantía equivalente a una suma igual a dichos intereses, y ii) la no devolución de aportes por cotizaciones a seguridad social en salud, pensión y ARL, en el porcentaje que corresponde al empleador.

Invocó para el efecto el artículo 65 del C.S.T., modificado por la Ley 789 de 2002 y la sentencia del 7-05-2010 SL8216, para argüir que no estuvo acreditada la buena fe del empleador al adeudar derechos laborales al demandante. Tener en cuenta la solvencia de la entidad demandada, con Departamento Jurídico que podía comprender la tipología contractual del demandante, probando la mala fe de la empresa. Así como procede la indemnización por no pago de intereses a la cesantía.

En cuanto a la devolución de cotizaciones, al tratarse de un contrato laboral, considera que la obligación está contemplada en el artículo 153 de la ley 100 de 1993, a cargo del empleador en los 3 riesgos. En consecuencia, debía reconocer y pagar las sumas correspondientes al empleador, pues eran descontados al demandante de sus cuentas de cobro. Pide se reconozca y pague lo descontado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 26 de marzo de 2021, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

Dentro del término legal, la apoderada judicial de la parte demandada presentó alegatos de conclusión, ratificándose de las excepciones propuestas al momento de dar contestación a la demanda y reiterando los fundamentos del recurso de apelación, en donde expuso que el actor no tuvo con su representada vínculo contractual del orden laboral, sino un contrato de prestación de servicios, en donde obró como prestador de servicios, con autonomía técnica y científica en la ejecución de sus actividades. Así las cosas, solicita se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva a la sociedad todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenas de primera instancia.

La parte actora igualmente alegó de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la apelación, solicitando se modifique la sentencia, en el sentido que, la demandada debe de reconocer y pagar la sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo de cesantías, durante el tiempo que duro la relación laboral, con fundamento en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, al igual que la indemnización por no pago de las prestaciones sociales contemplada en el artículo 65 del C.S.T. y la indemnización establecida en el artículo 5 del decreto 116 de 1976. Así mismo, solicita la devolución de los aportes a la seguridad social descontados a su poderdante correspondientes a salud, pensión y ARL durante el tiempo que se dio la relación laboral.

CONSIDERACIONES:

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*. En este orden de ideas, será únicamente respecto de los reproches formulados en la alzada que se pronunciará esta Sala de Decisión.

De esta manera, se tratará de elucidar con el acervo probatorio si existió un contrato de trabajo prevalente al contrato de prestación de servicios que suscribió JOSÉ WALTHER ZAPATA MEDINA con COSMITET, precisando la incidencia de los elementos que consideró la demandada contribuyen a desvirtuarlo, para luego, verificar si deben o no revocarse las declaraciones y condenas o acoger aquellas pretensiones que no prosperaron como lo reclama el apelante por activa.

Esto porque la tesis de la recurrente por pasiva se centra en relieves la existencia legal y válida de un contrato de prestación de servicios de salud con el demandante, en tanto, que

la decisión judicial sustentada en el principio de primacía de la realidad, adoptó la tesis de existencia de un contrato a término fijo, sujeto a las prórrogas legales.

1. EXISTENCIA CONTRATO DE TRABAJO

Se comienza recordando con el artículo 23 del C.S.T, que son elementos esenciales del contrato de trabajo: i) la actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, ii) la continuada subordinación o dependencia de este, respecto del empleador que le da la facultad de impartir órdenes e instrucciones y iii) el salario. También al artículo 24 ibídem, por cuanto “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”.

Así, quien pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo debe acreditar la prestación personal de un servicio, para que redunde la presunción del artículo 24 y surja, a cargo del convocado a juicio, la obligación de demostrar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación de trabajo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.¹

a. PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO

Pese a que la apelante por pasiva no discute este elemento del vínculo existente entre JOSÉ WALTER ZAPATA MEDINA y COSMITET, debe repararse que desde la contestación de la demanda (fls. 140-148) se aceptó que el demandante prestó servicios como médico general de UCI Intermedio (Rta. Hechos 1 y 2) del 1 de abril de 2011 al 30 de septiembre de 2015, solo que a instancias de un contrato de prestación de servicios y rodeado de condiciones de autonomía e independencia, según el decir de la demandada.

El demandante y demandada aportaron, en efecto, el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes el 1º de abril de 2011(fl. 15-17, 149-151), prueba a la que remiten los apelantes y de la cual se extrae la siguiente descripción:

¹ C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia 39377 del 29 de junio de 2011. “En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

	Fecha	Objeto	"Contraprestación"	Duración
Contrato de prestación de servicios	1-04-2011	MÉDICO GENERAL UCI INTERMEDIA Prestarle los servicios en la ejecución de actividad en las instalaciones de COSMITET LTDA. en cualquier lugar que determine el contratante, prestación de servicios que efectuará EL CONTRATISTA en forma personal y directa o mediante tercera persona, bajo su dependencia y responsabilidad, en horarios escogidos y destinados para tal efecto por el propio CONTRATISTA.	\$ 14'400.000 será liquidada parcialmente y cancelada de acuerdo a la ejecución y corte de obra realizada, una vez EL CONTRATISTA, cumpla con el lleno de los requisitos exigidos para el pago parcial, contenidos en la cláusula anterior numeral 4 de este contrato (cuenta de cobro más aporte de seguridad social como contratista independiente)	4 meses, prorrogables.

Lo cual, junto a las certificaciones visibles a folios 18 suscrita el 5 de febrero de 2015 por la Jefe de Gestión Humana, la de folio 21, suscrita el 20 de agosto de 2015 por la Jefe de Gestión de Talento Humano, la carta de terminación unilateral del CPS (fl. 19), remitida el 23-09-2015 donde le anunciaron al demandante: "Por lo tanto usted prestará sus servicios hasta el día treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015)", así como la relación de turnos de la "Clínica Rey David" de propiedad de la demandada (fl. 13) de abril de 2011 a septiembre de 2015 (fls.24-77), más la prueba testimonial de ANGÉLICA CRISTINA ZAMORA ROJAS y MARÍA ANGÉLICA BALANTA CORREA -, y la aceptación por la representante legal de COSMITET LTDA., VERÓNICA ANGÉLICA FAJARDO MUÑOZ, en su interrogatorio de parte sobre la ejecución de tareas "como médico general de la UCI INTERMEDIOS de la Clínica Rey David" desde el 1º de abril de 2011 al 30 de septiembre de 2015, tornan incontrovertida la prestación personal del servicio como elemento que permite dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C. S. del T..

Así, se invierte la carga de la prueba en cabeza del presunto empleador y estaba a cargo entonces, de la parte demandada desvirtuarla, para lo cual, era su deber procesal acreditar que dicha prestación personal del servicio estuvo desprovista de subordinación. Tal es el cabal entendimiento que jurisprudencialmente se ha dado a dicho norma, no como lo pretende la apelante por pasiva.

b. CONTINUADA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA.

En este punto la Sala se permite precisar, que la demandada indicó al contestar la demanda y lo insiste al apelar:

- Que el demandante fue un contratista de prestación de servicios.
- Que las actividades eran especializadas en Medicina y que ello revela experiencia y autonomía.
- Que la contratación se surtió sin sujeción a horarios sino por turnos a conveniencia del médico.
- Que percibió honorarios retributivos de su servicio, que siempre se reclamaron a través de cuentas de cobro y conforme a la hora laborada.

- Que buscó reemplazos para sus turnos -según lo “confesado” en el interrogatorio de parte.

Ahora, en respaldo de dicha perspectiva se tiene que en efecto el demandante suscribió el contrato de prestación de servicio reseñado e incluso, se anexaron las cuentas de cobro y comprobantes de pago de los servicios.

Sin embargo, a la par con esta información probatoria también se aprecia que entre los años 2011 a 2015 el demandante hizo parte del engranaje de lo que significa una UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS INTERMEDIA, como lo relataron las testigos, cumpliendo turnos de labor, donde existe un médico Coordinador y una enfermera Jefe, y una oficina de Control Interno que verifica el diario quehacer del personal médico a favor de los pacientes, y donde las funciones del médico además de carácter asistencial, como lo explicó en su declaración, le implicaba realizar informes epidemiológicos y estadísticos de interés para la Clínica de propiedad de la demandada. De esta manera, la inclusión en el organigrama o “doble esquema de servicios” como lo explican los testigos y partes y en su cronograma y oferta de servicios durante todo ese tiempo, sin modificaciones y bajo unos lineamientos organizacionales, hacen que no tenga cabida la ausencia de subordinación que pregonaba la demandada.

Estatus de inmersión en la prestación del servicio de salud del médico demandante que sin duda no le permitía la autonomía que sugiere la demandada, más cuando era orientada y controlada su actividad a través de llamados de atención como los visibles como anexo de la demanda y que reconoció en su interrogatorio de parte el demandante (fls.20).

Por tanto, lejos de demostrar la autonomía e independencia la demandada, pesa más en el presente asunto la versión de las dos testigos, cuya versión es serena y objetiva, sin conocimiento obvio de la tipología real contractual, y quienes revelan a lo largo de los años 2011 a 2015 la presencia de conductas que ratifican que el demandante estuvo sujeto a un horario de trabajo, propio de un trabajador de UCI, compartiendo áreas de trabajo, obligado a permanecer en su sitio de trabajo para consolidar resultados con los pacientes, dada la abnegación que se reclama en una UCI, soportado siempre logística y financieramente por la empresa demandada. Sin que sea de recibo que el portar una bata o un fonendoscopio (casi de uso personal), posiblemente costeados por él mismo, puedan desvirtuar la presunción que redundaba en contra de la demandada.

Dichos testimonios de excompañeras de trabajo del demandante, dan cuenta del vínculo existente entre las partes, en el que la apariencia de prestación de servicios civiles no es sólida, pues la vigencia durante más de 4 años de un nexo de tal naturaleza, que inicia como de duración temporal por 4 meses, y que luego se prorroga automáticamente, diluye ese contrato, junto a la característica de contar con un puesto de trabajo específico, dotado de los elementos de alta complejidad para la

atención en salud, o de las herramientas propias de una UCI, además, de las exigentes condiciones de cumplimiento y disponibilidad del médico general que cuida de un paciente en estado crítico.

Por tanto, se derruye toda construcción planteada por la parte demandada. Repárese que las testigos relataron que las diferentes funciones en la UCI, soportaban el giro de los negocios de COSMITET LTDA. y sus pacientes, y ninguna otra Entidad, con la que se pretendió aducir laboró el demandante en el mínimo tiempo libre, que más que ello, era de apenas descanso y para recuperación de su capacidad de trabajo.

El hecho de que el demandante sea médico, prototipo de profesión "liberal", que suscribiera un contrato de prestación de servicios y se viera sujeto a presentar una cuenta de cobro acompañada del pago de la seguridad social, si bien pueden ser elementos propios de un vínculo comercial que afianza la tesis de la demandada, su ejecución y contornos denotan lo contrario, bajo una relación que siempre fue igual a través del tiempo, que se mantuvo prorrogada automáticamente, y con el cariz de la dependencia y subordinación que nace de la permanencia en una UCI. Si se observa además los pagos mensuales que le hacían al accionante (fls. 154-221) sus montos de pago mensual, resultan además, por años, extrañamente coincidentes en su valor mensual, así por ejemplo: julio a septiembre/2011: \$ 3'888.0000, febrero-marzo/2012: \$ 3'888.000, mayo/2012: \$ 5'508.000, junio de 2012: \$ 6'804.000, julio de 2012-marzo de 2013: \$ 7.776.000, abril-junio, agosto-diciembre-2013, julio a diciembre/2014, enero-febrero-marzo-abril-mayo-junio/2015: \$ 8.352.000, julio/2015: 4.608.000, agosto y Sept-2015: \$ 9'216.000,

De ahí que, la contracara del elemento subordinación del contrato de trabajo, esto es, la autonomía defendida por la demandada y que categoriza un vínculo laboral independiente, en criterio de la Sala no fue demostrada, y, por tanto, tampoco se logró minar la presunción de subordinación. Nótese que el lugar de prestación de servicios lo fue la empresa, o, los lugares (UCI) a los que ésta le fijaba destino al demandante, siempre dentro del ámbito de su organización; el beneficiario del servicio fue COSMITET LTDA..y sus pacientes, remitidos por las entidades con quienes mantiene sus contratos comerciales y propios del sector salud, ajenos totalmente, en su negociación al demandante; la finalidad del demandante no fue jamás hacer empresa con el ejercicio de su profesión, y el hecho de ser casi obligado a facturar o presentar cuentas de cobro, por tratarse de la imposición o costumbre empresarial, tampoco le propició margen de ganancia alguno al demandante, y finalmente, no puede decirse que hubo un ejercicio libre del servicio de salud, pues siempre estuvo sujeto a las disposiciones e instrucciones que le dieran Gerentes, representantes, Coordinadores o Jefes de la empresa encargados de entablar contacto con el demandante, es más, el esquema y rutina de turnos, no dejó de ser una más de las tantas obligaciones que durante más de 4 años asumió el demandante, como muestra de sujeción a un cuadro organizacional.

Esa forma de prestar el servicio demuestra que la demandada no sólo coordinaba el rol del accionante en la empresa sino que hizo parte al demandante de su engranaje, subordinándolo y restándole la autonomía y cariz de prestador de servicios autónomo que se quiso ficticiamente construir.

Por lo anterior, demostrada la continuada subordinación durante más 4 años, corresponde analizar probatoriamente el tercer elemento del contrato de trabajo y sobre el cual, la parte demandada no generó discrepancia alguna a lo fijado por el a quo.

c) REMUNERACIÓN.

Aparece en el expediente que la remuneración del servicio era mensual, conforme a los comprobantes de pago de folios 153 a 221, tal como lo señaló la demandada en su contestación, reflejando un estipendio mensual, que de año a año casi permaneció inalterado. Además, obran certificaciones provenientes de representantes del empleador (fls. 18 y 21) que dan cuenta de un promedio mensual de \$ 7'694.000 para febrero de 2015. Esto refleja que no se estuvo jamás en presencia de una labor gratuita.

Ahora para efecto de análisis de las condenas objeto de las apelaciones, por no haber sido discutido por las partes, se reseña la conclusión a la que arribó la A quo, en materia de salarios devengados por el demandante, visible como anexo al acta de la Audiencia Pública No. 724 (fl. 254):

	SALARIO PROMEDIO
2011	\$ 2.884.000,00
2012	\$ 7.776.000,00
2013	\$ 8.352.000,00
2014	\$ 8.352.000,00
2015	\$ 8.128.000,00

Además, las reflexiones previamente surtidas sobre los restantes elementos del contrato de trabajo, contribuyen a señalar que este, relativo a la percepción de una remuneración, con habitualidad y sin la requisitoria propia de la libertad negocial de los honorarios ratifican la conclusión ya expuesta y consolidada desde la primera instancia, en torno a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

Claro lo anterior, para la Sala la convocada a juicio ejerció deliberadamente un poder subordinante sobre el demandante durante toda la relación laboral, muy a pesar de la modalidad de contratación que escogió para vincularlo. En efecto, la empresa era plenamente consciente de que el médico era

parte fundamental de su estructura organizativa, por lo que le exigía y controlaba permanentemente el cumplimiento de horarios de trabajo y que ejecutara sus servicios médicos en su empresa, a fin de garantizar una atención directa, controlada y personalizada a los trabajadores que lo requirieran.

Se impone así, la confirmación de la decisión declarativa en tal sentido de primera instancia.

2. TIPOLOGÍA DEL CONTRATO DE TRABAJO QUE VINCULÓ A LAS PARTES

El Juzgado declaró la existencia de un contrato a término fijo inferior a 1 año, conforme al numeral 2 del artículo 46 del C.S.T., prorrogado por 3 periodos inferiores o iguales, al cabo de los cuales, se prorrogó de año en año. Desde el 1-04-2011 al 30-07-2011 y que se prorrogó por primera vez del 1-08-2011 al 30-11-2011, por segunda vez, del 1-12-2011 a 30-03-2012, tercera vez, del 1-04-2012 al 30-07-2012 y luego, del 1-08-2012 al 31-07-2013 y en adelante, de año en año, hasta el 31-07-2014, aunque finalizado sin justa causa el 30-09-2015.

Como la parte apelante, subsidiariamente discrepa de la calificación del contrato de trabajo a término fijo realizada por la A quo, corresponde tener en cuenta que pese a existir un contrato de prestación de servicios por 4 meses, al infirmarse éste, el contrato realidad es verbal y por ende a término indefinido.

En consecuencia, se modificará dicho aparte de la decisión, y en consecuencia, se impone la reliquidación de la indemnización por despido injusto cuantificada por la A quo en \$ 81'280.000, como si se tratase de un contrato a término fijo.

RELIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Siendo este el punto de discrepancia de la demandada apelante, precisa tener en cuenta que conforme al artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, la indemnización se pagará para quienes devenguen un salario igual o superior a 10 salarios mínimos mensuales legales (SMLMV 2015: \$644.350 x 10= \$6'443.500), que es el caso del demandante, pues el último salario promedio considerado por la A quo fue de \$ 8'128.000, de la siguiente manera:

RELIQUIDACIÓN INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO						
AÑO	SALARIO	TARIFA INDEMNIZATORIA				
2015	\$ 8.128.000	1 AÑO	20	DIAS SALARIO		
		MÁS DE 1 AÑO	15	DIAS SALARIO Y PROPORCIONAL POR FRACCIÓN		
PERIODO		DÍAS	SALARIO PROMEDIO	SALARIO DIARIO		
DESDE	HASTA					
1/04/2011	30/09/2015	1644	\$ 8.128.000,00	\$ 270.933,33		
		DIAS LABORADOS		DIAS A RECONOCER	TOTAL	
1/04/2011	31/03/2012	366		20	\$ 5.418.666,67	
1/04/2012	31/03/2013	365		15	\$ 4.064.000,00	
1/04/2013	31/03/2014	365		15	\$ 4.064.000,00	
1/04/2014	31/03/2015	365		15	\$ 4.064.000,00	
1/04/2015	30/09/2015	183		7,52	\$ 2.037.567,12	
					\$ 19.648.233,79	

Lo cual denota que le asiste razón a la demandada, debiéndose modificar la condena por indemnización por despido sin justa causa, en el sentido que por declararse la existencia de un contrato a término indefinido, el valor a cancelar por la demandada equivale, de acuerdo con la tarifa indemnizatoria a \$ 19'648.233,79.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

El Juzgado declaró probada esta excepción solo respecto de vacaciones y primas causadas entre el 01 de abril de 2011 al 10 de diciembre de 2012, tomando como fecha de interrupción la de presentación de la demanda realizada el 10 de diciembre de 2015.

Antes de abordar la apelación de la parte demandante, por pasiva se apeló se diera aplicación a la excepción de prescripción respecto de los intereses a la cesantía. Al respecto debe decirse que éstos, constituyen "(...) una prestación que tiene por finalidad reconocer un rendimiento sobre los saldos acumulados de las cesantías y se paga por una sola vez en el mes de enero del año siguiente al que se causaron, en la fecha del retiro del trabajador o en el mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando ello se produzca antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, caso en el cual será en cuantía proporcional al lapso transcurrido, según lo previsto en el artículo 1.º de la Ley 52 de 1975". (SL-3345-2021).

De esta manera, como se está en presencia de un contrato realidad, los causados en el año 2011, están prescritos, pero no los subsiguientes, imponiendo la revocatoria de dicha condena.

3. APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE INDEMNIZACIONES Ó SANCIONES MORATORIAS

Señaló la *A quo* respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la sanción por no pago de intereses a la cesantía, que la prosperidad de las mismas depende de la buena o mala fe con que se haya actuado por parte de la demandada, observando que del interrogatorio de parte de su representante legal y su comparecencia al proceso arguyendo la existencia de un CPS se denota la existencia de buena fe.

Frente a ello reprochó el demandante de manera genérica que la convicción empresarial acerca de la existencia de un vínculo de carácter civil con el demandante no es signo de buena fe. Ello con miras a que se impongan las condenas objeto de absolución referidas.

Corresponde precisar de inicio, que las condenas que se soportan en la buena o mala fe del deudor corresponden a la sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales del artículo 65 C.S.T. y la del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por no consignación de la cesantía. Con relación a ambas sanciones, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico. Además, en el análisis del caso no deben establecerse supuestos o esquemas de razonamiento absolutos, sino estudiar si en el plenario está acreditado que el empleador tenía una firme convicción de que el vínculo era distinto al laboral o bien, si su intención era cometer un fraude a la ley (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL1430-2018).

Frente a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, conforme al principio de la carga de la prueba, señala que el trabajador debe demostrar la existencia de un crédito insoluto a su favor, en tanto al empleador le corresponde demostrar que pagó o que existen circunstancias atendibles que le impidieron hacerlo.

En tal sentido, en el *sub examine*, al actor le adeudan sumas de dinero producto de su trabajo, correspondientes a auxilio de cesantía, primas de servicio e intereses a la cesantía, sin que la demandada hubiese demostrado su pago, ni consignación oportuna ante un Fondo de Cesantías, sin que se refleje esa convicción de no estar frente a un vínculo laboral.

Importa señalar aquí que la proclividad de la demandada a encubrir un nexo notoriamente subordinado desde el momento mismo de la contratación inicial por espacio superior a 4 años, y la edificación de un andamiaje ficticio de contratación, constituye un obrar de mala fe, máxime cuando el actor ya se encontraba inserto en los procesos y procedimientos que hacían parte del objeto mercantil de la empresa.

En consecuencia, se impondrán las sanciones moratorias reclamadas por activa, dado que no se acreditó la buena fe en el presente asunto. Respecto a los intereses sobre la cesantía, también es evidente su no pago, lo cual da paso a la sanción de que trata el artículo 5 del decreto 116 de 1976.

Se procede a liquidar las indemnizaciones, así:

1. **POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS A UN FONDO.** El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 contempla la sanción moratoria por no consignación de cesantías, consistente en un (1) día de salario por cada día de retardo cuando el empleador incumple el plazo legal para la consignación de este concepto en el fondo de cesantías seleccionado por el trabajador, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que se causa el auxilio.

En el asunto, la misma se contabiliza hasta la fecha de la finalización del vínculo laboral, toda vez que a partir de este momento surge la obligación a cargo del empleador de pagar las cesantías definitivas y empieza a correr la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y no es admisible la concurrencia de una y otra indemnización.

El periodo de causación, IBL y cálculo de esta sanción, es el siguiente:

CESANTIAS	PERIODO			DÍAS	SALARIO PROMEDIO	SALARIO DIARIO	TOTAL	
	DESDE		HASTA					
Año 2011	15/02/2012		10/12/2012	300	\$ 2.884.000,00	\$ 96.133	PRESCRITO	
Año 2011	11/12/2012		14/02/2013	66	\$ 2.884.000,00	\$ 96.133	\$ 6.344.800	
Año 2012	15/02/2013		14/02/2014	365	\$ 7.776.000	\$ 259.200	\$ 94.608.000	
Año 2013	15/02/2014		14/02/2015	365	\$ 8.352.000	\$ 278.400	\$ 101.616.000	
Año 2014	15/02/2015		30/09/2015	228	\$ 8.128.000,00	\$ 270.933	\$ 61.772.800	
TOTAL INDEMNIZACIÓN ART. 99 LEY 50 DE 1990								\$ 264.341.600

Ello impone, hacer extensiva la excepción de prescripción a dicho rubro, para lo cual se modificará el numeral SEGUNDO de la sentencia y además de la revocatoria de la absolución por este punto para imponer la condena señalada.

2. **POR FALTA DE PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES.** El artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, conlleva la tasación de esta por lapso de 24 meses, desde el fin del contrato, es decir, el 1-10-2015 hasta el 30-09-2017, a razón de un salario diario de \$ 270.933/(\$8.128.000/30), lo que arroja una condena por este concepto por la suma de \$ 198'052.267.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA ARTICULO 65 C.S.T, MODIF. ART. 28 LEY 789/2002						
	PERIODO		DÍAS	SALARIO PROMEDIO	SALARIO DIARIO	TOTAL
	DESDE	HASTA				
Año 2015	1/10/2015	30/09/2017	731	\$ 8.128.000	\$ 270.933	\$ 198.052.267

A partir del mes veinticinco (25), se pagarán intereses moratorios, para aquellos trabajadores que devengan más de un salario mínimo mensual legal vigente, sobre las sumas que la generaron (prima de servicios, cesantías e intereses a la cesantía), y hasta cuando estas sean canceladas de manera efectiva.

En consecuencia, se revocará la absolución y se impondrá la condena expuesta, modificando también la condena por indexación del numeral SEPTIMO, que se limitará únicamente sobre los rubros atinentes a vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa.

- 3. POR NO PAGO OPORTUNO DE INTERESES A LA CESANTÍA.** Dicha sanción equivale al reconocimiento duplicado de los intereses, los que liquidados por la A quo y no cuestionados en su valor, ascienden a:

SANCION POR NO PAGO INTERESES A LA CESANTÍA						
	PERIODO		DÍAS	SALARIO PROMEDIO	%	TOTAL
	DESDE	HASTA				
Año 2012	1/01/2012	31/12/2012	366	\$ 7.776.000	12%	\$ 933.120
Año 2013	1/01/2013	31/12/2013	365	\$ 8.352.000	12%	\$ 1.002.240
Año 2014	1/01/2014	31/12/2014	365	\$ 8.352.000	12%	\$ 1.002.240
Año 2015	1/01/2015	30/09/2015	273	\$ 8.352.000	Proporción según Juzgado	\$ 560.900
						\$ 3.498.500

Así, la demandada además de reconocer \$3'498.500 por concepto de intereses a las cesantías, debe una suma igual a título de sanción.

En consecuencia, se revocará la absolución y se impondrá la condena expuesta.

3.1. DEVOLUCIÓN APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES, SALUD Y ARL.

Expuso el Juzgado para absolver de esta pretensión, tras citar providencia de la Sala de Casación Laboral SL3009-2017, que no hay lugar a la devolución de aportes o cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social que en calidad de trabajador independiente realizó el demandante, puesto que no está legitimado para pedir dichos rubros para sí, sino para el Sistema y que frente a los aportes de Salud y ARL debió acreditarse perjuicios por gastos o erogaciones realizadas por el demandante. Que

tampoco puede obligar a la demandada a realizar un doble pago en materia pensional, ya que la afiliación del demandante se surtió como independiente, ni reclamarse el aporte que se canceló directamente al Sistema de Seguridad Social. Que la cotización se surtió sobre el salario bruto pagado al demandante, descontada la retención en la fuente.

La apelante por activa, insiste en que es obligación del empleador asumir el porcentaje que le corresponde de la cotización y que se vió compelido el demandante a cancelar.

Al respecto se considera que ha de confirmarse la decisión absolutoria, por cuanto:

- i. Lo pretendido en la demanda fue “DEVOLVER al demandante (...) el descuento realizado por concepto de seguridad social en salud y pensión en el porcentaje correspondiente como empleador, es decir, el 8,5% por salud y el 12% por pensión mensual descontado. Igualmente el pago realizado por el trabajador (...) por concepto de ARL”
- ii. El hecho que sustentó lo pedido narró que COSMITET “realizó los descuentos de seguridad social, cumpliendo con ello la función de un empleador. Por lo que la entidad demandada debe devolver al demandante el porcentaje que le correspondía como empleador tanto en salud, pensión y lo cancelado por ARL”
- iii. Intentó el demandante respaldar sus afirmaciones con el soporte de algunos comprobantes de egreso, visibles a folios 80 y 84, en donde aparece la aplicación de un descuento por ARL por valores de \$ 81.400 y \$ 47.992. Sin embargo, ni el soporte ni el comprobante de egreso cuentan con firma del demandante, que podría servir para acreditar que efectivamente la suma cancelada con el descuento fue la recibida por el demandante.
- iv. Los soportes de comprobantes de egreso de folios 82, 86, 88, 90, 92, 94, 96, 98, 100, 102, 104, 106, 108, 110, 112, 114, 116, 118 reflejan que no se hizo descuento alguno por seguridad social, respaldando la tesis de la demandada en cuanto que no se acreditó dicho aspecto.

Es decir, que el Juzgado en ejercicio de sus facultades ultra y extra petita procedió a estudiar la devolución no descuentos salariales aplicados al trabajador, sino de las cotizaciones realizadas como trabajador independiente.

Frente a lo cual, vale expresar que tampoco se tienen elementos de prueba como la historia laboral de cotizaciones efectivamente realizadas por el demandante al Sistema de Seguridad Social que permitan corroborar, que efectivamente surtió las mismas, quedando ausente de prueba la temática de devolución al demandante de los aportes, tal como lo señaló la Sala de Casación Laboral en

sentencia con radicación 33569 del 28-07-2009 (M.P. Camilo Humberto Tarquino Gallego” en el sentido que “La devolución al demandante de los aportes al sistema de seguridad social en la proporción que habría de corresponderle al empleador, no procede si no se aporta prueba que evidencie a cuánto ascendieron y si materialmente fueron objeto de pago”, providencia que encontró eco en la SL807-2013 y en las SL10546-2014 SL13518-2017, SL10414-2016, SL13020-2017, SL2584-2019, SL5545-2019, SL4345-2020, SL2614-2021, SL4633-2021 SL4866-2021 cuando el trabajador acredita su pago directo y el monto de los mismos.

Más cuando tampoco se conoce si el trabajador fue efectivamente afiliado (pues en caso no de serlo, lo procedente es el pago del cálculo actuarial (SL441-2013, SL.664-2013, SL16528-2016, SL3009-2017,

En consecuencia, como no existe en apelación referencia probatoria alguna, ni argumentativa que conduzca a cambiar la decisión de primer grado, no se modificará la decisión absolutoria.

4. COSTAS.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P., vigente al momento de interposición del recurso de apelación, se tiene que, dadas las resultas de la alzada, hay lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte demandada y en favor de la parte demandante, por devenir infructuosa la apelación por pasiva en lo atinente a la pretensión nodal, relativa a la existencia del contrato realidad, así haya obtenido prosperidad en otras. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en \$ 1'500.000, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 *idem*.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta 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. MODIFICAR los numerales primero y cuarto de la sentencia No. 251 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el sentido que también se declara probada la excepción de prescripción respecto de los intereses a la cesantía correspondientes al año 2011 y la fracción de la indemnización moratoria por no consignación de la cesantía correspondiente al año 2011. En consecuencia, REVOCAR la condena impuesta en el numeral CUARTO para el año 2011, equivalente a \$ 201.947. Se confirma en lo restante los numerales.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada en el sentido que la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN solo prospera respecto de la devolución de aportes por retención en la fuente y aportes al Sistema de Seguridad Social.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia No. 251, en el sentido de declarar que el contrato de trabajo existente entre las partes, fue de carácter verbal y a término indefinido, desde el 1 de abril de 2011 al 30 de septiembre de 2015, finalizando sin justa causa.

CUARTO: MODIFICAR el numeral QUINTO en el sentido de CONDENAR a COSMITET LTDA. al reconocimiento y pago en favor de JOSÉ WALTER ZAPATA MEDINA de:

- 4.1. La indemnización por despido sin justa causa, por valor de \$ 19'648.233,79.
- 4.2. La indemnización moratoria por no consignación del auxilio de cesantía en cuantía de \$ \$ 264.341.600
- 4.3. La indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. durante el período comprendido del 1-10-2015 al 30-09-2017, en cuantía total de \$ 198'052.267. A partir del 1-10-2017 se pagarán intereses moratorios, sobre las sumas que la generaron (prima de servicios, cesantías e intereses a la cesantía), y hasta cuando estas sean canceladas de manera efectiva.
- 4.4. La sanción por no pago de intereses a la cesantía equivalente a \$ 3.498.500

QUINTO: MODIFICAR el numeral SÉPTIMO en el sentido de limitar la condena por indexación únicamente sobre los rubros atinentes a vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, apelante parcialmente infructuosa. Fíjense como agencias en derecho de la segunda instancia \$ 1'500.000 a favor del demandante a cargo de la demandada. Líquidense conforme al artículo 366 C.S.T.

SÉPTIMO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

(firma electrónica)

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

Firmado Por:

Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 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: **a32d0d08c0ed55b69aaffc9fca9480ef9f3f581bfaa03b4c9264676c73c0cc3d**

Documento generado en 28/01/2022 11:55:01 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>