



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA – LABORAL.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022)
Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en acta N°046

Radicación N° 44-001-31-05-001-2019-000004-01 proceso Ordinario
Laboral. ORIENNY MOSQUERA LÓPEZ contra CLÍNICA RENACER

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el Decreto 806 de 2020, normativa acogida de forma permanente por la ley 2213 de 2022, y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, verificada el nueve (9) de septiembre del dos mil veintiuno (2021).

ANTECEDENTES.

La señora **ORIENNY MOSQUERA LÓPEZ**, mayor de edad y vecina de esta ciudad, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra **CLÍNICA RENACER**, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de varios contratos de trabajo bajo la primacía de la realidad sobre las formas y que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagarle las prestaciones sociales e indemnizaciones moratorias contempladas en el capítulo de pretensiones de la demanda.

La parte demandada, se niega a acceder a las súplicas de la demanda, pues considera que lo que unió a las partes no fue un contrato de trabajo, sino un contrato de prestaciones de servicios profesionales en el cual la actora ejerció su actividad profesional, en forma independiente y

autónoma, por lo que no hay lugar al pago de prestaciones sociales. En consonancia con lo anterior, se opuso a todas y cada una de las pretensiones que se le formularon en su contra, proponiendo las excepciones que denominó: prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

El Juez Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, profirió sentencia en la que resolvió absolver a **CLÍNICA RENACER** de las pretensiones formuladas por la señora **ORIENNY MOSQUERA LÓPEZ**; así mismo, declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones propuesta por la demandada; igualmente, condenó en costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, y fijo agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV; y por último, ordenó la consulta ante el superior en caso de no ser apelada.

3. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con lo decidido el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación manifestando:

“Es una decisión que respeto, no me queda la menor duda de la buena fe pero en defensa de los intereses económicos de la parte actora me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha Sala Civil, Familia, Laboral. Decisión del despacho, como acabamos de escuchar en la cual negó en su integridad la súplica de las pretensiones contenidas en la demanda, motivo de inconformidad no haberse declarado una relación laboral y consecuentemente haber negado el reconocimiento de los salarios sociales, quiero decir cesantías ... durante el período de la relación laboral, igualmente las indemnizaciones por despido injusto, la indemnización por no pagos oportunos de las prestaciones sociales y por la no consignación de las cesantías en un fondo de pensiones y cesantías (...) al pretender en la demanda la declaración de la existencia de una relación laboral es mi obligación demostrarle al despacho la existencia de los tres elementos

constitutivos de una relación laboral contenidos en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, quiero decir la prestación personal del servicio, la continuada subordinación o sea el complemento horario y la remuneración como retribución del servicio prestado o sea el respectivo salario y los extremos laborales, en mi concepto valorado el material probatorio aportado y en especial el testimonio de la señora Carolina Gómez fue contundente y consiste en afirmar que la señora Orienny Mosquera López fue contratada por la clínica renacer Ltda. para prestar sus servicios como médico ginecobstetra, que inició sus labores el 20 de junio de 2017 y que fue despedida el día 20 de octubre del 2018. Ejecutó sus labores cumpliendo un turno de 10 días al mes dentro del horario de trabajo comprendido de las 7 am a las 7 pm, que tenía un jefe inmediato el señor Efraín Pacheco, de quien recibía las ordenes y que como retribución por el servicio prestado como salario recibía la suma mensual de \$11.225.000, en ese orden de ideas con las pruebas documentales aportadas al proceso y concretamente los contratos por prestación de servicios el primero con fecha de inicio 20 de junio del 2017, el segundo con fecha de inicio 20 de febrero 2018 y el oficio fechado 17 de septiembre de 2018; le pude también probar la prestación personal del servicio, el turno laborado al mes o sea 10 días la fecha de inicio de la relación laboral o sea el 20 de junio de 2017 la fecha de la terminación laboral o sea el 20 de octubre de 2018 y el salario como retribución del servicio personal prestado o sea los \$11.225.000. Así entendido, no me queda la menor duda de haberle probado en la instancia al despacho los tres elementos constitutivos de una relación laboral para que le nazca a la parte actora el derecho a que le reconozca las acreencias laborales pretendidas en la causa.

A lo anterior se suma que el Honorable Tribunal Superior del Distrito de Riohacha ha reiterado que cuando se trata de contratos por prestación de servicio al demandante solo le basta probar la prestación personal del servicio criterio que ha sido acogido en otra oportunidad por el Juzgado Primero Laboral de Riohacha o inclusive el Juzgado Segundo del Circuito de Riohacha, así lo reitero. En la etapa probatoria los testigos manifiestan María Medina no pudieron asistir ya que el despacho fijo la audiencia para el día para las 2:30 pm siendo pedido el permiso para esa hora pero el

despacho postergo la audiencia para las 3:30 diligencia en la cual no pudo asistir porque el permiso solo fue concedido a las 2:30 para laborar en la clínica cedes y para esa hora tenía otra diligencia.

Igualmente en la etapa probatoria la parte actora no pudo asistir a la audiencia virtual porque prestó problema con el internet para resolver el respectivo interrogatorio, es de anotar que dicho inconveniente fue puesto en conocimiento de la secretaria del despacho, es de anotar que tanto el testimonio de la señora María Medina y el interrogatorio de la parte actora fueron decretados oportunamente en su oportunidad procesal por lo anterior, una vez concedidos y admitidos por el superior funcional el recurso con el respeto de siempre le solicito se proceda a recepcionar el testimonio de los testigos María Medina y el interrogatorio de la parte actora Orienny Mosquera, lo anterior para poder evitar la violación al debido proceso y en razón a que los anteriores fueron decretados en su oportunidad procesal. Con los anteriores argumentos. Sustento el respectivo recurso con la esperanza de que puedan tener eco ante el superior funcional Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha Sala Civil, Familia, Laboral y para tal efecto reitero que no me queda la menor duda de la buena fe del juzgado de primera instancia”

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto del 08 de febrero de 2022, este Despacho corrió traslado para alegar de conclusión en el presente asunto, pronunciándose las partes así:

.- Presentados por el apoderado judicial de la parte demandante:

Se hizo al proceso ratificando los argumentos de la alzada, los cuales sirvieron para sustentar el presente recurso ante el A-quo.

.- Presentados por el apoderado judicial de la parte demandada:

Se hizo al proceso aduciendo en síntesis que, entre la Clínica Renacer Ltda. y la Demandada no existió un contrato laboral como el descrito en el Art. 23 de C.S.T. y de la S.S., por cuanto “en el caso objeto de discusión

se pudo evidencia claramente que de acuerdo a la realidad del presente caso la prestación del servicio de Ginecología realizado por la Demandante se hizo de manera autónoma e independiente, sin la subordinación que reviste la naturaleza del contrato laboral ya que según las pruebas que constan en el expediente, la Accionante no siempre prestaba sus servicios de manera personal sino que podía designar libremente su reemplazo en cualquier momento, como lo confirmó el testimonio del Dr. Breiner Redondo (Ginecólogo colega) que le cubrió varios turnos) al igual que lo manifestado por el Dr. Caleb Suarez (Ginecólogo colega) quien igualmente confirmó lo anterior, y que además los servicios prestados no fueron prestados de manera continua pues no estaba laborando los 30 días del mes sino que fueron interrumpidos con descansos considerables no propios de una relación laboral, pues hacia parte del grupo de tres (3) Ginecólogos que prestaban sus servicios a la institución en las mismas condiciones que la Demandante y se turnaban los demás 20 días restantes del mes (...).”

5. CONSIDERACIONES:

Presupuestos procesales.

Del estudio del plenario se determina que los requisitos indispensables para su formación y desarrollo normal representados en la demanda en forma, competencia del funcionario judicial y capacidad de las partes tanto para serlo como para obrar procesalmente, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite decidir de fondo mediante una sentencia de mérito, ya que tampoco se vislumbra causales de nulidad que invaliden lo actuado.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Se dieron los presupuestos para determinar la existencia de un contrato de trabajo bajo los postulados de la primacía de la realidad entre **ORIENNY MOSQUERA LÓPEZ** y la **CLÍNICA RENACER LTDA.**?

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CASACIÓN LABORAL.

Presunción del contrato de trabajo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL6621-2017 Radicación n.° 49346 MP Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO)

“... el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.”

Elementos del contrato de trabajo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL13020-2017 radicación N.° 48531 MP. Dr. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

“... el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 1 de la Ley 6 de 1945 al consagrar, que «hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio», y tal como lo repitiera en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato”.

Frente la subordinación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL9156-2015 Radicación n° 44186 MP Dr. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ)

“...en aras de la función unificadora de la jurisprudencia asignada a esta Corte por la Constitución y para dar más claridad al razonamiento de la Sala, que, cuando la controversia abarca desde la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, en razón a que la convocada a juicio, para oponerse al reconocimiento de los derechos laborales anhelados, situación del sublite, invoca otra clase de vínculo, como el de prestación de servicios, a la parte actora le basta probar la prestación personal del servicio, para que quede amparada con la presunción legal del precitado artículo 24 del CPL, (es decir no tiene que presentar prueba directa de los actos de subordinación), y le traslade a la contraparte la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario, cual es la prestación del servicio de forma autónoma e independiente.”

1.1.1. Sanción Moratoria – mala fe (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL11436-2016 Radicación n.º 45536 MP Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA)

“... la absolución de la indemnización moratoria cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo, no depende del desconocimiento del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los respectivos contratos. Ni la condena de esta sanción pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia. Lo anterior porque en ambos casos, se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo, a fin de poder definir si la postura de éste resulta o no fundada, y su proceder de buena o mala fe.”

PRECEDENTE HORIZONTAL

Presunción del contrato de trabajo

En esta corporación ha hecho transito pacifico la problemática traída a colación, en diversas oportunidades se ha reiterado trayendo a debate el artículo 24 del CPT concluyendo que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio

probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En oposición, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de los elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma, entonces, resulta imprescindible al trabajador la prueba de la prestación personal del servicio y demostrado este elemento, queda establecido que el trabajo fue dependiente o subordinado en razón a lo regulado en el artículo 20 Decreto 2127 de 1945 (Sentencia del 24/10/2018 Rad. 2017-00044-01 MP Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ, Sentencia de 18/07/2018, Rad. 2014-00095-00 MP Dr. JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH)

Primacía de la realidad sobre las formalidades

Sobre este tópico el precedente horizontal en la sala es estable, y se ha indicado que Concurriendo los tres elementos esenciales, el contrato de trabajo existe, sin que deje de serlo por la apariencia creada por las partes, ni de otras condiciones y modalidades que se agreguen, circunstancia que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado contrato realidad; insistiendo la Sala, que a la parte demandante le corresponde probar la efectiva prestación personal del servicio, en unos extremos temporales y es la Ley quien lo exime de acreditar como prueba directa los dos restantes elementos (subordinación y salario) (Sentencia 23/02/2016 Rad. 2009-00017-04 MP Dra. MARÍA MANUELA BERMÚDEZ CARVAJALINO, Sentencia del 16/11/2016 Rad. 2016-00093-01 MP Dr. ROBERTO ARÉVALO CARRASCAL)

De lo anterior la sala anuncia que el problema jurídico planteado no constituye novedad para la misma, razón por la cual se mantiene la posición precedente.

SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Español, la acepción subordinación designa: *“Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien”*.

Uno de los signos distintivos de la subordinación laboral que caracteriza al contrato de trabajo, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, es la facultad que tiene el empleador de exigirle a la persona que le presta un servicio *“...el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo...”* y el deber correlativo del trabajador de acatarlas. Desde luego, si una persona debe obedecer un mandato respecto de la tarea que ejecuta, es claro que no es totalmente autónoma en la determinación de su actuación laboral y tal situación encaja perfectamente dentro del concepto de subordinación laboral establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, mediante sentencia fechada dos (2) de agosto de dos mil cuatro (2004), radicada bajo la partida N° 22259, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López. Explicó: *“Además de demostrar la prestación personal del servicio con las pruebas reseñadas, de su correcta apreciación se extraen tres características que son signo indicativo de subordinación o dependencia laboral, cuales son la **obligación de cumplir órdenes; entre ellas el horario, como el asistir a reuniones y la disponibilidad para con el empleador**”*.

Existencia de la relación laboral entre las partes.

Sobre este punto, la normatividad y jurisprudencia traída a colación concluye que al trabajador le resulta únicamente imprescindible la prueba de la prestación del servicio y demostrado este elemento, se puede establecer que fue dependiente o subordinado, invirtiendo la carga de la prueba al demandado, quien deberá acreditar que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral.

DEL CASO CONCRETO

La sala pasará a establecer si con las pruebas practicadas en el plenario se mantuvo incólume la presunción o si por el contrario con las pruebas se logró derruir la presunción de orden legal y los demás elementos de la relación laboral, tal como lo consideró el juez de primera instancia.

Previo a establecer lo anterior, La Sala precisa realizar un precisión de orden conceptual de uno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo el cual es la actividad personal del trabajador o prestación personal del servicio, esta consiste en que el trabajador se limita a realizar el trabajo dentro de parámetros y rendimiento de carácter personal, por ser una obligación de hacer y no puede delegarse a un tercero sin el consentimiento del empleador.

Realizada la precisión de orden conceptual se analizará si el elemento prestación personal del servicio se configuró en el caso objeto de estudio. Del testimonio recepcionado a la señora **CAROLINA YULAIS GAVIRIA GÓMEZ**, quien fue compañera de trabajo de la accionante, testimonio de importancia por la cercanía que dice la testigo sostenía con la demandante, esta manifestó *“Bueno yo labore con ella en el proceso antes de ser despedida, se me terminó el contrato y con ella tuve una estrecha relación laboral, éramos compañeras de trabajo y pues yo era testigo de los turnos que ella hacía, a las horas que ella hacía entonces por eso tengo conocimiento de eso porque yo laboraba con ella”* cuando le pregunta por la modalidad contractual ella responde “prestación de servicios” y cuando le preguntan por los turnos que hacia la actora dice *“ella hacia los turnos los 10 primeros días de cada mes de 7 de la mañana a 7 de la noche”*, también manifiesta que la actora provenía de la ciudad de Bogotá a realizar esos 10 días de turno porque trabajaba en otra clínica en esa ciudad de la que no sabe el nombre, textualmente dice la testigo *“No, si sabía que tenía un empleo en la ciudad de Bogotá pero un nombre completo como tal de hospital no tengo conocimiento, pues no me acuerdo pero si tenía su otro empleo allá en la ciudad de Bogotá”*.

Respaldan lo dicho por la testimoniante los señores BREINER REDONDO y CALET SUAREZ, quienes también fueron compañeros de trabajo de la

demandante, pues laboraron como ginecólogos en la misma clínica demandada, los cuales le manifestaron al despacho que ellos eran tres Ginecólogos que estaban al servicio de la demandada, por contrato de prestación de servicios, el señor BLEINER respondió lo siguiente: *“Nosotros en ese tiempo somos 3 ginecólogos y nos repartíamos el turno, ósea, entre nosotros mismos arreglamos hacer 10 días cada uno, el horario de trabajo era el mismo que nosotros mismos disponíamos para trabajar, cumpliendo con los 10 días establecidos para cubrir pues nuestro turno”*. Al responder la pregunta: *“¿Manifiéstele al despacho si la doctora Orienny realizaba de manera personal su trabajo o si en algún momento algún colega, ginecólogo, la reemplazo en turnos?”* El señor CALEB Respondió *“Si claro que sí, cuando la Dra. Orienny como ella se trasladaba de otra ciudad no podía llegar a su turno pues cualquiera de nosotros dos mi colega Breiner o mi persona la cubríamos mientras ella llegaba a recibir su turno”* también manifestó *“Entre nosotros mismos organizábamos esos turnos, si la Dra. Orienny de pronto podía referir en esos momentos que iba a cancelar de manera efectiva pues lo podía hacer, pero no lo cambiábamos era turno por turno pero siempre le dimos la facilidad en esos momentos a ala Dra. Orienny si bien sabíamos que ella venía de otra ciudad, donde el Dr. Calet Suárez o mi persona Breiner Redondo que se encontraba en la ciudad de Riohacha los 30 días del mes estábamos disponibles para colaborarle en cualquier dificultad, que si las tuvo en esos momentos”*

Dicho que también fue respaldado por el representante legal de la demanda al absolver la pregunta *“¿alguna vez Dr. Efrain, la Dra. Orienny o alguno de los otros ginecólogos le solicitó particularmente a usted algún tipo de permiso o solicitud o autorización para realizar cambios de turno? (...)”* respondió: *“En ningún momento, ellos se intercambiaban los turnos cuando se necesitaba, ellos eran autónomos para cambiar los turnos, el uno le decía al otro cúbreme tal día y yo te cubro otro día, debía haber un médico ginecólogo en el tiempo asignado, y ellos automáticamente se hacían sus cambios de turno entre ellos mismos”*.

Sin ninguna duda de las pruebas practicadas en el plenario se colige palmariamente la inexistencia del elemento prestación personal del servicio como elemento constitutivo de trabajo, pues se evidencia que la demandante podía delegar a un tercero a su arbitrio la prestación del servicio contratado con la clínica Renacer, siempre y cuando se cubriera el servicio contratado con ella, siendo requisito sin el cual no se configura este elemento, la indelegabilidad de la labor contratada.

Ahora bien existen otros medios probatorios (folios 16-70 y 104-221) dentro del expediente los cuales son el contrato de prestación de servicios (fl 12-15), en donde la actora se obliga en la cláusula primera del contrato a *“...a prestar el servicio médico especializado de GINECO-OBSTETRICIA, el cual debe realizar de conformidad con las condiciones y cláusulas del presente documento y que consistirá en: prestar el servicio contratado a todos los pacientes que ingresen al servicio de Unidad de Cuidados Intensivos de Adultos, Hospitalización y Urgencias por la libre disponibilidad de 10 días al mes: en los cuales realizaran rondas médicas e interconsultas y atenderán a los pacientes d Hospitalización y cirugías de urgencias así como eventos quirúrgicos (electivos), según su libre criterio y disponibilidad que acuerden los mismos contratistas del grupo médicos de ginecólogos sin que exista dependencia”*. En la cláusula cuarta se pacta *“El valor del contrato será por el monto total de \$11.325.000, por la libre disponibilidad de 10 días al mes, más los eventos quirúrgicos (electivos) realizados pagados a tarifa ISS (2001) más el 15%; menos los descuentos de ley y los que el contratista autorice*. La cláusula quinta estableció la forma de pago: *“Los honorarios se pagarán por mensualidades vencidas”*. En la cláusula segunda llama poderosamente la atención de la sala lo señalado en el literal v) *“Buscar su propio remplazo para cubrimiento de turnos en caso de no poder cumplir personalmente con su disponibilidad, dejando nota en el respectivo cuaderno de turnos y entregando copia de títulos profesionales de dicho remplazo avalados por Colombia.”* Dentro del clausulado se pactó *“Queda claramente entendido que no existirá relación laboral*

alguna entre el contratante y el contratista, o el personal que este último utilice en la ejecución del objeto del presente contrato.”

De las documentales obrantes al expediente y de los testimonios traídos a juicio se puede concluir, que la actividad que desarrolló la parte demandante para la clínica demandada era por turnos que realizaba 10 días al mes como Ginecóloga y que esa labor la podían ejecutar cualquiera de sus compañeros Ginecólogo, cuando ella no podía llegar, pues acordémonos que ni siquiera residía en la ciudad donde prestaba los turnos de 10 días, tal como se plasmó en el contrato de prestación de servicios, por lo que se pierde de vista el elemento subordinación, pues se insiste la demandante podía cambiar de turnos con sus colegas médicos, los cuales tenían plena autonomía, libertad e independencia, lo cual permite intuir que tal proceder se hacía en ejercicio de la autonomía e independencia, como base del contrato de prestación de servicios.

La situación que aquí se analiza, resulta ser diferente a otras planteadas por profesionales de la medicina, porque la persona que aquí reclama, se atribuyó la condición, no objetada por la demandada, de ser médico especialista en (Ginecóloga), lo cual lleva a la Sala, a analizar la situación también desde la óptica del ejercicio de una profesión liberal que, sin discusión, la doctrina nacional ha sostenido ejercen los profesionales de la medicina. Esta –la profesión liberal-, entendida como aquella actividad personal en la que impera el aporte intelectual, el conocimiento y la técnica y, aunque no existe norma legal que la defina, es viable acudir al Decreto 3050 de 1997 que en su artículo 25 establece que: *“Para efectos de la exclusión de que trata el artículo 44 de la Ley 383 de 1997, se entiende por profesión liberal, toda actividad en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico”*. Pues bien, en términos generales, las profesiones liberales tienen una característica muy particular como lo es la remuneración de quienes las ejercen, ya que teniendo en cuenta que no están subordinados salvo aquellos ligados directamente por contrato de trabajo, su remuneración no es salario en los términos del código sustantivo del trabajo sino que su remuneración

se realiza mediante el pago de honorarios, lo que supone que no existe un contrato laboral sino un Contrato de servicios, el cual está regulado por la legislación civil. En el caso que un profesional ejerza su actividad mediante un contrato de trabajo, si bien no dejan de ser actividades civiles propias de una profesión liberal, si pierden su carácter de liberales, pues éstas suponen el ejercicio autónomo e independiente y la remuneración mediante honorarios, lo que no es dable en una relación laboral en la que se configuran los tres elementos del contrato trabajo, contempladas en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo.

En este sentido, las declaraciones de los testigos, fueron ricas en detalles que indican la autonomía e independencia en el ejercicio de su profesión por parte de la Ginecóloga ORIENNY MOSQUERA, destacándose entre uno de esos aspectos, el relativo al ejercicio de su profesión la que realizaba en la ciudad de Bogotá y solo 10 días en la ciudad de Riohacha en la clínica demandada, con lo que se evidencia que sí disponía de su tiempo y, por ello, era quien determinaba en qué horario podía atender la situación particular.

De lo anterior, no resulta difícil inferir que, en su condición de especialista la actora y el ejercicio de su profesión liberal – autónoma e independiente -en distintos lugares y condiciones, concomitantemente con las prestadas a la aquí demandada, se le facilitaba a través de contratos de la naturaleza del que suscribió con la CLÍNICA RENACER – (contratos de prestación de servicios)-, en el que tenía la libertad de hacerlo en la forma en que más le convenía para atender los distintos compromisos contractuales, en lugar del contrato de trabajo propiamente dicho, en el que estuviera supeditado al ejercicio por parte del contratante, de las facultades inherentes a la subordinación y dependencia, en cuanto a la exigencia del cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imposición de reglamentos.

En este último aspecto, es decir, la existencia de subordinación y dependencia, de frente al hecho de que a la pretensión de la actora de declararse la existencia de un contrato de trabajo, buscó ser desvirtuada

por la demandada al oponerle la celebración de sendos contratos de prestación de servicios profesionales; implicaba un mayor esfuerzo de la parte demandante conforme a lo regulado por el artículo 177 del C.P.C. En efecto, siendo consciente de la suscripción de tales contratos, como que fue quien los presentó para conformar la comunidad probatoria, su deber procesal debió dirigirse a demostrar que el servicio prestado se dio bajo subordinación y dependencia y no en forma autónoma e independiente como se argumentó por la demandada y, en este aspecto, fue deficiente su esfuerzo probatorio, porque, en ningún momento, la demandante demostró algo distinto, pues la único testigo que trajo al proceso corroboró que ella laboraba para la demandada turnos de 10 días y que venía de otra ciudad para hacerlos, es decir, las pruebas que la demandante aportó al proceso le permiten a la Sala establecer que la demandante solo se dedicó a afirmar en los hechos de la demanda que había sostenido un vínculo de carácter laboral con la demandada, las cuales quedaron, sin dicho sustento, haciéndose patente lo que en la práctica judicial se dice en el sentido de que afirmar no es probar.

Ahora bien, otras circunstancias que pudieran confirmar la existencia de subordinación y dependencia, deben analizarse en el contexto probatorio allegado. A ello se enfrenta la Sala, en la siguiente forma: La prestación de un servicio personal, en las instalaciones y con elementos de propiedad del contratante o en un horario determinado, como lo ha resaltado la doctrina y la jurisprudencia nacional, no indican, per se, que se esté en ejecución de una actividad o labor subordinada y dependiente, pues aspectos como estos, son también comunes a diversos tipos de contratos –civiles o comerciales- que se celebran para realizar labores propias del giro ordinario de la actividad del empresario. Si bien es cierto el contratista autónomo trabaja por lo regular con sus propios medios, lo que le da su verdadera naturaleza a este tipo de contratación es la libertad y autonomía técnica y directiva, las demás propiedades (el precio determinado, la asunción de riesgos y el empleo de sus propios medios) son circunstancias no esenciales en cuya ausencia puede darse también la prestación del servicio independiente.

Así lo manifestó en sentencia de Marzo 7 de 2006, radicación No. 27014, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, *“La celebración de contratos de prestación de servicios con profesionales que con frecuencia prestan sus servicios de manera independiente, no puede ser considerada, por sí misma, como demostrativa de ánimo de defraudación al médico; ni tampoco, tratándose de los que regula el Código Sustantivo del Trabajo, las circunstancias bajo las cuales se realizaron las actividades, según se acreditó en el proceso, sujeta a ordenes permanentes y a horario, que si bien pueden ser criterios indicativos de una subordinación, no son forzosamente concluyentes”*.

Tampoco, los actos de supervisión o control que ejerció la contratante sobre la labor realizada por el contratista, implican, necesariamente, que se hagan en ejercicio de las facultades de subordinación y dependencia, porque tales actos, como se ha dicho, también son comunes a distintos contratos de naturaleza civil y comercial y necesarias para el buen suceso de la obra o labor contratada. En este sentido, se destaca, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Septiembre 6 de 2001, radicación 16062, de la que fue Magistrado Ponente el Doctor Carlos Isaac Nader, en los siguientes términos: *“Es que definitivamente la vigilancia, el control y la supervisión que el contratante de un convenio comercial o civil realiza sobre la ejecución y las obligaciones derivadas del mismo, en ningún caso es equiparable a los conceptos de “subordinación y dependencia” propios de la relación de trabajo, pues estas últimas tienen una naturaleza distinta a aquellos; en todo caso, las instrucciones específicas hay que valorarlas dentro del entorno de la relación y no descontextualizadamente como lo intenta el censor, pues son precisamente esas circunstancias peculiares las que en determinado momento permiten colegir si las órdenes o instrucciones emitidas corresponden a un tipo de contrato u otro. Y en el sub lite son precisamente esas particularidades, como la denominación y contenido 2008-00236-01 16 del contrato, su desenvolvimiento y la naturaleza de la instrucción impartida, lo que impide tener los documentos transcritos como señal de una relación de trabajo”*

Por lo anterior, se itera, frente a esa realidad, incumbía a la demandante demostrar que en su vinculación se cumplió la subordinación jurídica propia de la relación contractual laboral y no la que se convino en el contrato de prestación de servicios profesionales y, para ello, como antes se mencionó, debió hacerlo a través del medio probatorio más idóneo: el testimonio de terceros o la confesión de la demandada a través del interrogatorio a su representante legal que, como ya se mencionó, no lograron establecer el elemento subordinación. No puede dejar pasar la Sala la oportunidad para recabar que, como se dijo en párrafos anteriores, no todos los contratos de carácter comercial o civil, analizados desde el punto de vista de la primacía de la realidad, contienen simulaciones o encubrimientos, pues estos pueden obedecer a la realidad de frente al desarrollo de la libertad de industria y comercio que deriva de los principios de actividad económica y de libre iniciativa privada consagrada en el artículo 333 de la Constitución Nacional, pues las empresas puedan celebrar contratos de naturaleza comercial con personas naturales o jurídicas para la ejecución de tareas o la prestación de servicios en actividades inherentes a las normales de su empresa o negocio, por lo que no surge entonces del contrato mencionado que la demandante haya estado subordinado laboralmente a la clínica demanda, pues de ninguna de sus estipulaciones se infiere conclusión en tal sentido y bien por el contrario las mismas partes dejaron constancia referente a que su relación no era de carácter laboral.

Con respecto a la solicitud que hace el recurrente de que se practiquen en esta instancia los testimonios, porque *“En la etapa probatoria los testigos manifiestan María Medina no pudieron asistir ya que el despacho fijó la audiencia para el día para las 2:30 pm siendo pedido el permiso para esa hora pero el despacho postergó la audiencia para las 3:30 diligencia en la cual no pudo asistir porque el permiso solo fue concedido a las 2:30 para laborar en la clínica cedes y para esa hora tenía otra diligencia. Igualmente en la etapa probatoria la parte actora no pudo asistir a la audiencia virtual porque prestó problema con el internet para resolver el respectivo interrogatorio, es de anotar que dicho inconveniente fue puesto en conocimiento de la secretaria del despacho, es de anotar que*

tanto el testimonio de la señora María Medina y el interrogatorio de la parte actora fueron decretados oportunamente en su oportunidad procesal por lo anterior, una vez concedidos y admitidos por el superior funcional el recurso con el respeto de siempre le solicito se proceda a recepcionar el testimonio de los testigos María Medina y el interrogatorio de la parte actora Orienny Mosquera, lo anterior para poder evitar la violación al debido proceso y en razón a que los anteriores fueron decretados en su oportunidad procesal”.

De la práctica de pruebas en segunda instancia: La posibilidad de decretar y practicar pruebas en el trámite de la segunda instancia está reglado por el artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., el cual a la letra reza: 3 “ARTICULO 83. CASOS EN QUE EL TRIBUNAL PUEDE ORDENAR Y PRACTICAR PRUEBAS. Artículo modificado por el artículo 41 de la Ley 712 de 2001: *Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia. Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta”.*

De conformidad con dicha norma, se puede concluir que la posibilidad de decretar y practicar pruebas en el trámite de la segunda instancia debe cumplir con los siguientes presupuestos, i) que las mismas hayan sido pedidas y decretadas en primera instancia y, ii) que no se hayan practicado sin culpa de la parte interesada. En el caso bajo estudio, tenemos que la prueba testimonial fue oportunamente pedida con la presentación de la demanda y debidamente decretada en audiencia; sin embargo, desde ya debe advertirse que, a juicio de esta Sala y contrario a lo expuesto por el recurrente, dicha prueba no se practicó por su culpa.

En efecto, el mismo manifiesta en su recurso “*En la etapa probatoria los testigos manifiestan María Medina no pudieron asistir ya que el despacho fijo la audiencia para el día para las 2:30 pm siendo pedido el permiso para esa hora pero el despacho postergo la audiencia para las 3:30 diligencia en la cual no pudo asistir porque el permiso solo fue concedido*

a las 2:30 para laborar en la clínica cedes y para esa hora tenía otra diligencia. Igualmente en la etapa probatoria la parte actora no pudo asistir a la audiencia virtual porque prestó problema con el internet para resolver el respectivo interrogatorio”, empero, la sustentación que da el recurrente no es óbice para que la segunda instancia absuelva la práctica de esos testimonios, i) en la audiencia de trámite y juzgamiento, la juez declaró clausurado el debate probatorio, sin la recepción de dichos testigos y el apoderado judicial de la parte actora no presentó ningún recurso, es más, ni siquiera pidió que se suspendiera la audiencia para intentar una nueva citación a los testigos, es decir, con su actuar avaló tácitamente la decisión de que se prescindiera de la práctica de esa prueba testimonial; y, ii) las excusas que expone en su recurso no son suficientes para que esta Sala la practique, pues es su deber en esta nueva etapa de la virtualidad contar con los medios necesarios para conectarse, no puede venir a decir que la actora no contaba con buen internet y que el testigo no pudo asistir porque la hora fue corrida por la directora del despacho, cuando bien pudo conectarse desde su celular o desde cualquier otro medio tecnológico, de lo que se concluye que expresamente avaló la decisión de no practicar la prueba testimonial faltante. De todo lo anterior, se concluye que en este asunto la prueba testimonial no se practicó por culpa de la parte actora, de manera que no se cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 83 del C.P.L. y de la S.S, para que se practique en segunda instancia, razón por la cual, habrá de denegarse la práctica de la prueba testimonial en esta instancia.

En ese orden de ideas, resulta imperioso para esta Colegiatura, impartir confirmación a la decisión de primera instancia en su totalidad con la correspondiente condena en costas a la parte demandante por no haber prosperado el recurso (art. 365-1 C. G. del P.).

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **FALLA:**

Radicación N°44-001-31-05001-2019-00004-01
MP. PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro de proceso ORDINARIO LABORAL de: ORIENNY MOSQUERA LÓPEZ contra: CLÍNICA RENACER.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, fíjense agencias en derecho en la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Por la Secretaría de esta Corporación, **NOTIFICAR** en estado esta providencia.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente.

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado