

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ
Magistrado ponente**

SL9801-2015

Radicación n° 44519

Acta 25

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **OSCAR HERNÁNDEZ SILVA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de septiembre de 2009, en el proceso que instauró contra **I.B.M DE COLOMBIA S.A.**

I. ANTECEDENTES

El actor llamó a juicio a la empresa I.B.M. DE COLOMBIA S.A., con el fin de que se le reconozcan las cesantías, intereses sobre la cesantía, multa por el no pago oportuno de intereses, primas de servicios, vacaciones,

cotizaciones al ISS para cubrir el Sistema integral de salud, pensión de jubilación y riesgos profesionales, indemnización por despido, bonificación anual por resultados de la compañía, beneficio del fondo de empleados, indemnización moratoria por la no consignación de cesantías y la correspondiente al incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato, y la indexación.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que el actor prestó sus servicios a la demandada, como médico, en virtud de la celebración de un contrato que fue celebrado, dijo, para desvirtuar la realidad y naturaleza laboral de trabajador calificado, por esto se le dio la denominación y apariencia de un contrato mercantil; alegó que se trató de un genuino contrato de trabajo, en aplicación del principio de la primacía de la realidad elevada a rango constitucional, y se firmó inicialmente por seis meses; que el actor nunca hizo negocios mercantiles con la convocada a juicio, sino que le prestó sus servicios personales relacionados con la profesión de médico, de forma continua e ininterrumpidamente, para atender pacientes dentro de la empresa, en el consultorio y con elementos de trabajo de la compañía, que, a la vez, eran exclusivamente trabajadores de IBM de Colombia S.A., por tal razón, dicha prestación de servicios se ampara en la presunción legal del artículo 24 del CST; que el actor no podía prestar sus servicios a los empleados de la empresa en un consultorio ajeno a ella; además cumplió horario fijo, y tenía que estar en disponibilidad permanente de los pacientes trabajadores de

la entidad, como se desprende de la comunicación de septiembre 23 de 2002 y según lo acordado por escrito; que el último contrato irregular a término fijo suscrito entre las partes se venció en abril de 2002, pero continuó desde abril de 2002, de forma verbal, lo que, en su criterio, destaca la presunción, con mayor énfasis, por cuanto no se volvió a suscribir ningún otro; que la contratación del actor como médico fue notificada a la Secretaría de Salud, Dirección de Desarrollo de servicio médico de Salud de Bogotá; que debió cumplir horario de forma infalible, de absoluta subordinación o dependencia a la empresa, de 8 de la mañana a 12 del mediodía, todos los días de lunes a viernes, como les consta a los trabajadores de la empresa y está registrado en la compañía; que tenía siempre que entregar las llaves de su consultorio y oficina de salud ocupacional a la salida; que, al igual que todos los trabajadores, portó carné y guardó en la máquina electrónica de la empresa su hora de ingreso y salida; que, a pesar de la cláusula de apariencia, en el sentido de que el accionante supuestamente tenía personal como verdadero empleador, nunca tuvo este carácter, sino, por el contrario, sus actividades de médico las prestó directa y personalmente a la empresa; que el contrato simulado quiso hacer creer que el demandante era un proveedor mercantil; que estuvo bajo el auditaje mensual, tanto del departamento de recursos humanos de IBM Colombia, como a nivel de la región andina y Latinoamérica; que no tuvo autonomía para proporcionar el remplazo cuando tuvo que ausentarse de su trabajo, pues debió someter al remplazo a la aprobación de su empleadora, toda vez que,

como en toda relación laboral, la suya fue intuitu personae, es decir, por la calidad, capacidad y calificación de esta clase de trabajadores; que al comienzo de la relación, la empresa puso como colaboradora una enfermera, cuyo contrato fue calcado del suscrito entre el accionante y la compañía; que el servicio prestado por la enfermera no fue al actor, sino a la empresa, mediante la atención de sus empleados; que, para desvirtuar la realidad de los dos contratos, la empresa incluyó mensualmente el salario de la enfermera en el paquete de remuneración del accionante; que la terminación del contrato de la enfermera, Sra. Concepción del Socorro Peña, se debió a un recorte de personal que hizo la empresa; por tal razón, el ingreso del demandante se vio disminuido, justamente, en el equivalente, al monto del salario de dicha enfermera; en remplazo del demandante, fue contratada una enfermera especialista en salud ocupacional, que, sostuvo, acredita, una vez más, que el oficio no fue mercantil, sino que debió ser ejercido personalmente por una persona calificada; que también corrobora la primacía del contrato de trabajo del actor, que a la enfermera que lo sustituyó ya no le exigieron horario, es decir que tenía autonomía; de esta forma la empresa cambió algunas modalidades del servicio del remplazo, sin darse cuenta que ello era señal inequívoca de esa certeza de la relación laboral; consideró que la simulación de forma ostensible era clara prueba de que la empresa no procedió de buena fe nunca, sino solo buscó borrar la carga prestacional; relacionó con detalle cuáles fueron sus funciones, que la relación inició el 15 de octubre de 1996 y terminó el 30 de agosto de 2002, que devengó un

salario mensual de \$2.377.000, además que recibió horas extras en la suma de \$9.582.189 entre 1999 y 2002; que la carta de despido tuvo fecha el 23 de agosto de 2002, con base en causales que no se ajustan a la realidad.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la relación, pero que lo fue en virtud de un contrato de prestación de servicios profesionales independientes suscrito por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada; refutó los argumentos del accionante dirigidos a demostrar la realidad laboral, respecto de los cuales aseveró que ellos no indicaban la subordinación, y, para corroborar su dicho, invocó la sentencia CSJ SL del 14 de julio de 1998, No. 10714, en el sentido de que, de la solicitud de informes, no se infiere que se trate de órdenes de la empresa; negó reiteradamente la subordinación, y aclaró que, según el otro sí, suscrito por las partes el 22 de agosto de 2001, se acordó el deber del contratista de proveer ese reemplazo y se comprometió a que el reemplazo presentado debía ser médico cirujano y cumplir con los términos del contrato que vinculaba a las partes; que, naturalmente, el contratista debía someter ese nombre a consideración de la demandada para verificar el cumplimiento de las calidades exigidas, dado que el contrato de prestación de servicios también puede ser intuito personae, lo cual, afirmó, justifica la necesidad de aprobación por parte del contratante cedido.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá, al que correspondió la decisión de primera instancia, mediante fallo del 8 de agosto de 2008 (fls. 805 al 814) absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 28 de septiembre de 2009, confirmó en su integridad la sentencia del a quo.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el tribunal consideró, como fundamento de su decisión, que la controversia se centraba a definir la naturaleza jurídica real de la relación que vinculó a las partes, en tanto que el actor se apartaba de la denominación de los contratos «*Acuerdo mercantil de suministro de servicios profesionales*» y «*Acuerdo para la prestación de servicios profesionales independientes*», por estimar que, en su ejecución, realmente se dieron los elementos configurativos del contrato de trabajo, por lo que consideró que la clara intención del accionante era la declaratoria del nexo laboral por aplicación del postulado supralegal de la primacía de la realidad sobre lo formal.

Bajo dicho derrotero trazado, el ad quem se remitió a las deducciones fácticas del a quo derivadas de la valoración de la prueba testimonial, según las cuales tales versiones fueron contestes en relatar que el actor no recibían órdenes de un jefe inmediato, que la labor desempeñada fue desarrollada por aquel de forma liberal, como profesional independiente, y que las condiciones en las que fue conocido en la empresa convocada a juicio era la de proveedor, quien prestaba sus servicios como médico y por ellos cobraba sus honorarios a través de cuentas de cobro, cuentas que aparecían a folios 92 a 57 y 321 a 345.

Seguidamente, el tribunal anotó que la jurisprudencia era reiterativa en que la característica principal que diferenciaba el contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, en el entendido de que los demás elementos normalmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial e incluso del sector solidario.

A renglón seguido, trascribió el artículo 24 del CST y señaló que tal presunción era de orden legal y que se puede desvirtuar, la cual se creó con el fin de relevar, a quien alega en su favor la relación laboral, de la carga demostrativa de su dicho, pues, agregó, una vez acreditada la prestación personal del servicio, corresponde a quien se opone a tal aserto desacreditarlo a través de los distintos medios de prueba. Que igualmente ha dicho la

jurisprudencia que dicha presunción no se desvirtúa con la exhibición de los contratos de prestación de servicios suscritos; en primer lugar, porque de entrada su validez ha sido desconocida y, en segundo lugar, porque la inexistencia del elemento subordinante no se acredita mediante el contrato, sino mediante uno o varios elementos de probanza que recreen el ejercicio de la actividad de forma autónoma e independiente, e hizo suyas las consideraciones de esta Corte de cara a la citada presunción, contenidas en la sentencia CSJ SL del 9 de abril de 1965.

Con base en el referido marco conceptual, concluyó que el a quo tenía razón en la valoración probatoria de todos y cada uno de los elementos probatorios, pues determinó que si bien se había comprobado la prestación efectiva de un servicio (presunción de tipo legal), la subordinación la dio por desvirtuada a través de diversos señalamientos y documentos obrantes en el expediente.

Precisó que, en los distintos contratos celebrados entre las partes (fls. 54 a 89), fue acordado que el objeto de estos sería la prestación periódica o continuada del servicio profesional, con la estipulación, entre otras, de las siguientes condiciones:

Proporcionar y mantener personal calificado en asistencia médica quien estará siempre bajo la constante supervisión y control del PROVEEDOR. Atención personalizada.¹

(...)

¹ Fl. 56

El proveedor informará a IBM, con una anticipación mínimo de 72 horas al inicio de labores, el nombre y el número del documento de identificación de cada uno de sus empleados destinados a la ejecución de un servicio dentro de las dependencias de IBM, a fin de que IBM pueda autorizar el ingreso de tales personas a sus dependencias.²

(...)

Acuerdan las partes que para fines del Contrato se entiende como trabajador de EL CONTRATISTA, no solamente aquellos que le presten sus servicios directamente, sino también los que le llegaren a prestar sus servicios como sub-contratistas, si es que llegare a subcontratar parcialmente los servicios que son objeto del contrato, lo cual requerirá el previo consentimiento escrito de IBM. Si el pago oportuno y completo de todos los salarios y prestaciones de los trabajadores o extrabajadores del CONTRATISTA no fuere realizado por el CONTRATISTA, EL CONTRATISTA autoriza desde ahora a IBM para retener uno más de los pagos acordados y para atender con ese dinero directamente el pago de cualesquier acreencia laboral a cargo del CONTRATISTA y a favor de sus trabajadores.³

Dedujo que una de las características repetidas en cada uno de los contratos suscritos fue la contratación de un servicio de asesoría y asistencia profesional, sujeta a la plena autonomía del contratista o proveedor, según fuere el caso, en tanto no existía una obligatoriedad de prestación directa y personal del servicio, porque, según el texto contractual, al actor le era dable prestar esas actividades, bien directamente o por interpuesta persona, a su libre disposición.

Estimó que dicha redacción clausular no fue una simple ilusión, pues, en realidad, el acervo probatorio había mostrado cómo esa autonomía fue desplegada a lo largo del

² Fl. 57

³ Fl. 68

nexo jurídico que vinculó a las partes, puesto que el actor disponía, con regularidad, la ejecución de la labor prometida a través de otras personas por él contratadas, como acertadamente lo advirtió el a quo al valorar el aporte de cada uno de los testimonios recibidos. Para corroborar tal premisa, trascribió pasajes de la versión de la señora Peña Solano.

Aludió al contrato suscrito por el actor y la señora Peña, donde el primero fue el contratante directo de la segunda, y, con base en este, dio por corroborado las pautas señaladas por los sujetos procesales del sublite, pues observó que el actor tenía plena capacidad para contratar a sus trabajadores, claro era, precisó, con la previa aceptación de la empresa para la cual prestaba sus servicios en la forma estipulada en el contrato.

Hizo mención de la versión de la testigo REGINA PASTRANA BORRERO, en cuanto esta manifestó que, en dos ocasiones, en el 2002, ella había remplazado al actor, cumpliendo el horario que el desempeñaba, y que la preguntársele quién la había contratado respondió que el demandante.

Tras el examen probatorio citado, concluyó:

El artículo 23 del CST contempla la actividad personal del trabajador, como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Y aún cuando la doctrina y la jurisprudencia han puntualizado que ello no excluye que la labor pueda ser cumplida por el trabajador en colaboración de ayudantes, en el caso sub examine definitivamente no se da tal presupuesto, porque los

elementos de probanza fueron contundentes en señalar que la finalidad era cumplir un objeto contractual, indistintamente si el actor prestaba o no personalmente sus servicios para tal fin, pues contaba con plena autonomía para disponer su cumplimiento a través de interpuesta persona, contratada personalmente por él y bajo su estricta supervisión.

No se equivocó entonces el juez de primer grado al concluir la inexistencia del contrato de trabajo invocado, pues aun cuando erró en la invocación de las normas laborales que rigen el presente asunto y en la asignación probatoria, no se equivocó al concretar la autonomía e independencia del actor para ejecutar la labor prometida, conclusión fundada principalmente en la capacidad de optar por prestar directa o indirectamente los servicios prometidos, contrariando así uno de los requisitos esenciales previstos en las normas laborales para predicar la existencia de un contrato de trabajo.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case totalmente la sentencia atacada, en cuanto confirmó el fallo de primera instancia que absolió de todas las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas al actor; para que, en sede de instancia, proceda a revocar esa decisión para, en su lugar, condenar a la demandada a reconocer y pagar al demandante las pretensiones solicitadas en la demanda.

Con tal propósito formula dos cargos que fueron objeto de réplica de forma conjunta, dado que el opositor, con razón, señala que los dos cargos son similares, pues tan solo se diferencian, entre sí, en el señalamiento de las pruebas, las que, aunque en conjunto son las mismas, su acusación varía en que de unas se predica, en el primer cargo, que fueron mal apreciadas, y, en el segundo, se dice que no lo fueron. Por estas mismas razones, se estudiaran conjuntamente por la Sala.

VI. CARGOS PRIMERO Y SEGUNDO

En ambos cargos, la parte impugnante acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente la ley sustancial, por aplicación indebida, de los artículos 22, 23 y 24 (subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1990) del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 53 de la Carta Política, indebidamente aplicado y con los artículos 1, 21, 62, 64 (subrogados por los artículos 7 y 8 del Decreto 2351 de 1965, por la Ley 50 de 1990 y 28 de la Ley 789 de 2002), 65 (modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002), 186, 189 (subrogado por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965), 249, 251 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 1, 2 y 3 de la Ley 52 de 1975, 1,2,4 y 5 del Decreto 116 de 1976; artículo 17 (modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003) de la Ley 100 de 1993, artículo 99 de la Ley 50 de 1990; artículo 8 de la Ley 153 de 1887; artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil; artículos 10 y 19 del Código de Comercio, dejados de aplicar.

Sostiene que las violaciones anteriores se produjeron por la falta de apreciación de unas pruebas y la apreciación equivocada de otras, lo que, en su criterio, llevó al sentenciador a cometer los errores de hecho que en adelante precisa.

Pruebas dejadas de apreciar, según el impugnante, en el primer cargo:

- 1.) Certificados de funciones (fl. 41) y de servicios personales como «*médico coordinador*» en el servicio de salud ocupacional de la empresa (fls. 42 y 43).
- 2.) Documento en el que expresamente señala el control y revisión del cumplimiento del horario de trabajo (fls. 50 a 53).
- 3.) Planillas de control de salida llaves (584 ss.).
- 4.) Órdenes suministradas para ser aplicadas, a través de correos electrónicos (fls. 181 a 214).

Pruebas mal apreciadas, según el recurrente, en el primer cargo:

- 1.) Interrogatorio de parte absuelto por el demandante (fls. 350 a 353), mal apreciado por remisión.
- 2.) Interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada (fls. 356 a 359), mal apreciado por remisión.
- 3.) Contratos denominados como «*Acuerdo Mercantil de Suministro de Servicios Profesionales*» y «*Acuerdo*

para la Prestación de Servicios Profesionales Independientes» (fls. 54 a 89).

- 4.) Oferta de servicios (fls. 215-216).
- 5.) Certificado del Instituto de Seguros Sociales sobre afiliación del demandante como independiente (fls. 502-503), mal apreciado por remisión.
- 6.) Cuentas de cobro (fls. 92 a 157, 321 a 345).
- 7.) Testimonios de REGINA PASTRANA BORRERO (fls. 361 a 363), PEDRO PABLO MEJÍA ZAMORA (fls. 364 a 368), CONCEPCIÓN DEL SOCORRO PEÑA SOLANO (fls. 371 a 376), ANA MARÍA BARRIOS BERNAL (Fls. 378 a 381) EGIDIO DE JESÚS GÓMEZ SÁNCHEZ (fls.), GINNA ALEXANDRA VANOVY FONSECA (fls. 392 a 403) y DIEGO SANDOVAL REYES (fls. 403 a 407), de los cuales, aclara que si bien es cierto no son prueba calificada para atacar en casación, la jurisprudencia ha reiterado que ellas pueden ser examinadas si, de las que sí lo son, aparece el quebrantamiento legal y la comisión de errores de hecho. Precisa que, salvo los testimonios de REGINA PASTRANA BORRERO y CONCEPCIÓN DEL SOCORRO PEÑA SOLANO, los demás los valoró por remisión.

Pruebas dejadas de apreciar, en el segundo cargo:

1. Certificados de funciones (fl. 41) Y de servicios personales como MÉDICO COORDINADOR" en el servicio de salud ocupacional de la empresa (fls. 42 y 43).

2. Documento en el que expresamente señala el control y revisión del cumplimiento del horario de trabajo (fls. 50 a 53).
3. Planillas de control de salida llaves (584 ss.).
4. Órdenes suministradas para ser aplicadas, a través de correos electrónicos (fls, 181 a 214).
5. Interrogatorio de parte absuelto por el demandante (fls. 350 a 353).
6. Interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada (fls. 356 a 359).
7. Testimonios de PEDRO PABLO MEJÍA ZAMORA (fls. 364 a 368), ANA MARÍA BARRIOS (fls. 378 a 381), EGIDIO DE JESÚS GÓMEZ SÁNCHEZ (fls.), GINA ALEXANDRA VANOV FONSECA (fls, 392 a 403) y DIEGO SANDOVAL REYES (fls. 403 a 407) los cuales, si bien es cierto no son pruebas calificadas para atacar en casación, la jurisprudencia ha reiterado que ellas pueden ser examinadas si de las que sí lo son aparece el quebrantamiento legal y la comisión de errores de hecho.

Pruebas mal apreciadas, en el segundo cargo:

1. Contratos denominados como "Acuerdo Mercantil de Suministro de Servicios Profesionales" y "Acuerdo para la Prestación de Servicios Profesionales Independientes" (fls. 54 a 89).
2. Cuentas de cobro (fls. 92 a 157, 321 a 345).
3. Testimonios de REGINA P ASTRANA BORRERO (fls. 361 a 363) y CONCEPCIÓN DEL SOCORRO PEÑA

SOLANO (11s. 371 a 376) los cuales, si bien es cierto no son pruebas calificadas para atacar en casación, la jurisprudencia ha reiterado que ellas pueden ser examinadas si de las que sí lo son aparece el quebrantamiento legal y la comisión de errores de hecho.

Errores de hecho que son comunes a los dos cargos:

1. Dar por probado, sin estarlo, que porque se contrató «...un servicio de asesoría y asistencia profesional, sujeta a la plena autonomía del contratista o proveedor, según fuere el caso, en tanto no existía una obligatoriedad de prestación directa y personal del servicio, porque según el texto contractual al actor le era dable prestar esas actividades, bien directamente o por interpuesta persona a su libre disposición», efectivamente ello ocurrió y, a la inversa, no dar por probado que esa cláusula quedó únicamente en el «texto contractual».
2. No dar por demostrado, siendo evidente que, salvo los reemplazos esporádicos normales en cualquier empleo, la prestación de servicio fue realizada directa y personalmente por el trabajador, dado el compromiso contractual de la atención personalizada a la que se comprometió éste.
3. Dar por demostrado, sin ser verdad, que «...el actor con regularidad disponía la ejecución de la labor prometida a través de otras personas por él contratadas...» y, a la inversa, no dar por demostrado, siendo evidente, que

solo fue reemplazado excepcionalmente y por periodos muy cortos, con la necesaria aprobación de la empresa.

4. Dar por demostrado que, porque el demandante actuó como intermediario de la empresa para contratar una enfermera y también, por su conducto, le pagó, la relación personal laboral del Dr. Hernández Silva quedó desvirtuada y, a la inversa, no dar por cierto que esa sola circunstancia no desacredita el contrato de trabajo.
5. No dar por demostrado, siendo evidente, que, a pesar de las apariencias formales de los contratos, la intención genuina de la empresa fue la de someter al control de la empresa los servicios personales del mandante y, la de éste, seguir las reglas impuestas en los contratos, no obstante intentar hacer creer que existía autonomía absoluta.
6. No dar por demostrado, siendo evidente, que lo que realmente existió entre las partes fue un contrato de trabajo y, a la inversa, haber dado por cierto que existió un contrato de naturaleza diferente a la del contrato de trabajo.

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO:

La sustentación es igual en los dos cargos, así:

Advierte previamente que si bien es cierto el tribunal no singularizó todas y cada una de las pruebas a las que se refirió el fallo de primer grado, dice que también es verdad

que, en el proceso de confirmar la absolución de éste, se remitió a las probanzas específicamente mencionadas por el señor juez a-quo. Así aceptó que: «*El estudio del material probatorio condujo al a quo a definir la contienda con absolución...*», que «*Sobre el marco conceptual y al estudiar las motivaciones que condujeron a desestimar las pretensiones de la demanda, razón le asiste al a quo en su ejercicio valorativo de todos y cada uno de los elementos de probanza,...*» y que, «...como acertadamente lo advirtió el a quo al valorar el aporte de cada uno de los testimonios recepcionados...». De lo anterior infiere que, por remisión, el ad quem necesariamente examinó los mismos elementos de juicio que precisó el a quo para tenerlos en cuenta, con semejante valoración, en la formación de su juicio; por tanto, para los efectos del recurso, se deberán tener como mal apreciadas por el tribunal así éste, en su mayoría, no las haya individualizado.

Resalta que, evidentemente, no hay discusión en cuanto a la existencia de una prestación personal de servicios del demandante a la empresa demandada, la cual se inició y continuó ininterrumpidamente entre el 15 de octubre de 1996 y el 30 de agosto de 2002, mediante la suscripción de contratos denominados como «*Acuerdo mercantil de suministro de servicios profesionales*» y «*Acuerdo para la prestación de servicios profesionales independientes*», ininterrumpidamente enlazados por «*otros sí*» a tales convenios. Igualmente, que el actor siempre recibió una retribución por esos servicios personales. Con estos elementos, señala, surge la presunción legal

establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante lo anterior, se lamenta de que, tanto el fallo de primer grado como el de segunda, resolvieron que la presunción fue desvirtuada, conclusión que cuestiona con el recurso extraordinario, porque estima que las pruebas apreciadas fueron equivocadamente consideradas y otras se dejaron de apreciar por los jueces respectivos, como lo pasa a demostrar, así:

Considera que el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la empresa (fls. 350 a 353) no puede, de ninguna manera, tenerse como un elemento que desvirtúe la presunción legal ni, mucho menos, que demuestre una completa autonomía del empleado en su trabajo; que hacerlo así, es incurrir en apreciación equivocada de la prueba, pues, por el contrario, además de aceptar la prestación de servicios del demandante, lo más importante fue su confesión en el sentido de contestar afirmativamente la pregunta de que el doctor Hernández Silva «...cumplió personalmente con sus servicios a la empresa» (respuesta a la pregunta 2a), atendiendo pacientes trabajadores de IBM, dentro de las instalaciones de la empresa, en consultorios de propiedad de la misma, en horarios fijos de 8 a.m. a 12 del día, de lunes a viernes; «...que la empresa... reconoció e informó a la secretaría de Salud... de Bogotá, en comunicación de octubre 13 de 2000, que quién desempeñaba el cargo de médico de la sociedad era el doctor ...HERNANDEZ SILVA... para la inscripción y

certificación pertinente el consultorio (sic) médico de nuestra compañía...»; que mientras prestó sus servicios a la compañía lo hizo «... utilizando elementos, muebles, útiles,... equipo, instrumentales, etc., proporcionados por la sociedad»; que tenía que entregar diariamente las llaves del consultorio, que debía utilizar un carné de la empresa, «... que... mientras prestó sus servicios a la compañía..., estuvo sometido a la vigilancia, control y auditaje mensual tanto del departamento de recursos humanos de la IBM DE COLOMBIA S. A., como a nivel de la según (sic) andina y latinoamericana según consta documentalmente»; que «cuando... eventualmente estuvo ausente de su trabajo, fue reemplazado por la empresa demandada» y que las funciones desempeñadas fueron las certificadas al folio 41 (respuestas a las preguntas 4^a, 5^a, 6^a, 8^a, 9^a, 10^a, 11^a, 14^a y 15^a).

Refiere el impugnante que esta descripción detallada de la confesión es suficiente para reafirmar con absoluta certeza, no ya una simple presunción, sino la existencia misma del contrato de trabajo entre las partes y que no tiene, en parte alguna, como equivocadamente lo apreciaron los jueces, el valor de desvirtuar el hecho presumido. Por lo mismo, estima grave y evidente el error de hecho de ***dar por probado, sin estarlo, que porque se contrató "...un servicio de asesoría y asistencia profesional, sujeta a la plena autonomía del contratista o proveedor, según fuere el caso, en tanto no existía una obligatoriedad de prestación directa y personal del servicio, porque según el texto contractual al actor le era dable prestar***

esas actividades, bien directamente o por interpuesta persona a su libre disposición" (destaca el recurrente), como si ello hubiese ocurrido cabalmente, y, a la inversa, no dar por probado que esta cláusula quedó únicamente en el «*texto contractual*».

Enfatiza que el tribunal, para dar por desvirtuado el contrato de trabajo, simplemente acude a la forma y contenido de los que aparecen en autos (fls. 54 a 89), es decir, al texto contractual, sin apreciar correctamente el valor de las confesiones del representante legal de la sociedad que desmienten ese texto para fijar una realidad diferente; a través de esa apreciación errónea, señala, se incurre en los distintos errores de hecho endilgados en el cargo.

Que, a su turno, el demandante, al absolver el interrogatorio que le fue formulado, aceptó lo que ya desde la demanda se había relatado respecto a la suscripción de los denominados acuerdos mercantiles y de prestación de servicios profesionales, que presentó cotización y cobró su retribución mediante facturas y que, incluso, suscribió un contrato con una enfermera para trabajar en el consultorio de la empresa y que ésta le pagaba a aquella a través suyo; que este enfatizó siempre sobre la existencia de un real contrato de trabajo; nunca aceptó nada diferente a lo que las formas externas de la contratación indican, porque la realidad del trabajo personal las contradicen. Alega que se aprecia erróneamente la prueba si de ella se deduce que hay algún elemento que desvirtúa la presunción legal

discutida por la demandada. Que el aceptar lo que está en los formatos no es nuevo elemento de juicio, porque lo único que hace es corroborar las mismas, es decir, que se firmaron unos contratos con denominaciones diferentes a la de contrato de trabajo, y que el actor cumplió con lo fundamental de su compromiso, cual fue prestar su servicio personal, directo, profesional, traducido en la atención médica exclusiva y personalizada a los trabajadores de la empresa, en el consultorio y con los elementos de propiedad de la misma, recibiendo remuneración mensual por esos servicios. Asevera que, por aceptarse los hechos fundamentales de la controversia, o sea, que se suscribieron unos contratos con denominaciones diferentes al contrato de trabajo, llegar a entender que, por sí mismo, desvirtúa la presunción del contrato de trabajo, es una apreciación equivocada de la prueba por parte de los juzgadores de instancias, y esto, en su criterio, debe conducir a quebrantar el fallo, porque, como se acredita, según su dicho, produjeron los diferentes yerros de hecho indicados en esta demanda.

Del texto contractual, predica que la sentencia acusada igualmente lo apreció incorrectamente; por ejemplo, en relación con el tiempo de trabajo inicialmente acordado (porque después fue de lunes a viernes), se pactó que «...el horario del servicio médico será de 8 a.m. a 12 m. Los días lunes, miércoles y viernes...» y que «Cuando la situación lo amerite, habrá disponibilidad de 24 horas tanto telefónica como de PRESENCIA FÍSICA. Este servicio tendrá un costo adicional de acuerdo con la tarifa mensual» (fls. 57 y

64 vto). Frente a semejante evidencia, dice, tiene que reconocerse, si se hace un análisis juicioso y correcto de la cláusula anterior, no solamente que, como lo corroboran otras pruebas, el demandante no solo debió cumplir personalmente sus funciones dentro de horarios, sino que, esencialmente, estaba obligado a estar en disponibilidad, sin excepción alguna, durante las 24 horas de todos los días, telefónica y con su presencia física. Que esta cláusula inserta desde el primer contrato, y cumplida en su ininterrumpida ejecución durante cerca de seis (6) años, con escasas y cortas interrupciones que, en total, no alcanzaron a superar dos semanas, según quienes las cubrieron, es un indicador incuestionable del factor subordinante del demandante respecto a la demandada.

Para la censura, el segundo error de hecho aparece ostensible al no dar por demostrado, siendo evidente que, salvo reemplazos esporádicos normales en cualquier empleo, la prestación del servicio fue realizada directa y personalmente por el trabajador, dado el compromiso contractual de la atención personalizada que, por lo demás, se repite a través de buen número de pruebas.

Por las mismas observaciones anteriores estima equivocado entender y apreciar que, porque el demandante presentó oferta de servicios (fls. 215- 216), y, en alguna época, tuvo que inscribirse como independiente en el Seguro Social para cubrirse de algunos riesgos (fls. 502- 503), se desvirtúe el servicio personal o se imponga límite a la subordinación o dependencia del mismo a la empresa. El

contrato de trabajo es consensual y bilateral, sostiene. Por tanto, no repugna que un trabajador proponga los servicios y algunas condiciones para iniciar sus labores, ni que lo pueda hacer en la ejecución contractual. Tampoco puede considerarse que, en casos como el de autos, en el que la ausencia de inscripción en seguridad social integral hacía parte del desconocimiento de la naturaleza laboral del contrato, el demandante hubiese tenido que acudir como independiente para suplir el incumplimiento de la empleadora.

A su turno, agrega, las cuentas de cobro (fls. 92 a 157, 321 a 345) que indujeron al juzgador a pensar que no hubo contrato de trabajo, integran la condición de presunción que tiene la sola prestación personal de servicios. Por tanto, deduce, se las aprecia mal si de ellas, por el simple texto o denominación en el cobro de la retribución por la prestación del servicio personal se concluye que, per se, desvirtúan la presunción, particularmente frente a la fuerza de otras pruebas que señalan y refuerzan, como se ha visto, el elemento de dependencia del actor a la sociedad.

Además de lo anterior, señala que el fallo dejó de apreciar las siguientes probanzas, de la manera en que se indica, de tal suerte que si el juzgador hubiese reparado en ellas, no habría incurrido en los errores de hecho endilgados en el cargo.

En efecto, sostiene, los certificados de funciones (fl. 41) y de servicios personales como «*MÉDICO COORDINADOR*» en

el servicio de salud ocupacional de la empresa (fls. 42 y 43), así como el documento en el que expresamente señala el control y revisión del cumplimiento del horario de trabajo (fls. 50 a 53), las planillas de control de salida llaves (584 ss.) y las órdenes suministradas para ser aplicadas, a través de correos electrónicos (fls. 181 a 214), se acumulan para hacer comprender que el demandante no era un simple proveedor. El detalle de la serie de funciones que tuvo que realizar como médico coordinador en el servicio de salud ocupacional de la empresa, la reiterada referencia al control y revisión del cumplimiento del horario de trabajo, la firma de control de entrada y salida mediante la entrega de las llaves y las diferentes instrucciones a través de correos electrónicos, según el recurrente, lo que está pregonando a voces es la subordinación que tuvo el actor en su trabajo personalizado, las limitaciones imperiosas que le fueron impuestas y, definitivamente, el carácter de trabajador del mismo. De haberse apreciado estas pruebas, el sentenciador no habría incurrido en el error de no dar por demostrado, siendo evidente lo contrario, que, a pesar de las apariencias formales de los contratos, la intención genuina de la empresa fue la de someter al control de la misma los servicios personales del demandante, y, la de éste, seguir las reglas impuestas en los contratos, no obstante intentar hacer creer que existía autonomía absoluta.

Es innegable, a juicio del contradictor de la sentencia, que hubo una preparación minuciosa para conducir a esa última creencia; sin embargo, considera que es tanta la

fuerza de la realidad que se hace imposible tener por desvirtuado el contrato de trabajo, el contrato realidad, la primacía de la realidad. Los errores de hecho, entonces, aparecen ostensibles, de tal manera que violan indirectamente la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el 53 de la Constitución Política, lo cual, dice, llevó a dejar de aplicar las restantes disposiciones reseñadas al comienzo del cargo y se debe, por tanto, casar la sentencia recurrida para, en sede de instancia, acceder a las súplicas de la demanda.

Lo expuesto no obsta, dice el impugnante, para que, con fundamento en el criterio que siempre ha sostenido la H. Corte, a través de los elementos calificados para sustentar el recurso extraordinario y quebrantar el fallo, se examinen los testimonios apreciados, los que, igualmente, sirvieron para la formación del juicio equivocado del tribunal en el fallo acusado y de cuyo estudio aparece consolidada la subordinación constante del demandante a la empresa demandada.

A propósito, menciona de nuevo que el fallo impugnado sólo aludió, por vía de ejemplo, a dos declarantes; empero, como expresamente se remitió a la valoración, supuestamente acertada, que de otros, no de la totalidad como erradamente lo dice, hizo el juzgado de origen, dicha remisión obliga, en consecuencia, a entender que el tribunal los sometió a su propio examen.

Los testigos que evaluó el señor juez a quo (y cuyo análisis el tribunal aprobó o respaldó para confirmar) son los de REGINA PASTRANA BORRERO (fls. 361 a 363), PEDRO PABLO MEJÍA ZAMORA (fls. 364 a 368), CONCEPCIÓN DEL SOCORRO PEÑA SOLANO (fls. 371 a 376), ANA MARÍA BARRIOS BERNAL (fls. 378 a 381), EGIDIO DE JESÚS GÓMEZ SÁNCHEZ (fls.), GINA ALEXANDRA VANOY FONSECA (fls. 392 a 403) y DIEGO SANDOV AL REYES (fls. 403 a 407).

Todos, asevera, fueron mal apreciados, porque, no obstante referirse los dichos de los deponentes a las actividades del demandante, justamente, propias de un contrato de trabajo e indicadoras irrefutables de su subordinación, el fallador las descontextualizó para obtener conclusiones contrarias a esa realidad, así:

Refiere que la doctora REGINA PASTRANA BORRERO (fls. 361 a 363) ratifica que reemplazó al demandante en dos ocasiones, los días hábiles de semana santa (que sólo son 3) y, aproximadamente, en la segunda semana de junio de 2002, cumpliendo el horario de éste, con dotación propia del consultorio y atendiendo los pacientes que tenía a su cargo; que tenía que atender exclusivamente a todas las personas de la empresa que requerían el servicio en las instalaciones de la empresa, sometiéndose a tener que recibir y entregar las llaves del consultorio y con autorización de la sociedad, sin la cual no hubiera podido libremente ingresar a las instalaciones, a pesar de haber sido llevada por el Dr. Hernández Silva.

Tanto el tribunal como el juzgado, afirma, apreciaron mal el testimonio, porque, en lugar de articularlo para inferir la subordinación, lo fraccionaron en cuanto perjudicase la posición del trabajador al respecto.

Alude a que el señor PEDRO PABLO MEJÍA ZAMORA (fls. 364 a 368), mientras estuvo trabajando en IBM fue atendido personalmente por el demandante en los consultorios dentro de la empresa, cumpliendo horarios fijos, salvo cuando la propia empresa organizaba eventos especiales. La apreciación correcta, deduce, es la de que el demandante prestaba personalmente esos servicios a los trabajadores de la empresa, y no pueden tenerse como desvirtuados por la obligación (otra limitante) de portar un carné, así quienes ingresaran tuvieran que ostentarlo. Porque de interpretarse que por solo este hecho ya no se era trabajador, no habría existido ninguno, o todos habrían sido proveedores o visitantes.

Que la señora CONCEPCIÓN DEL SOCORRO PEÑA SOLANO (fls. 371 a 371) es enfática en sostener que ella, junto con el Dr. Hernández Silva, trabajaron en el consultorio médico y de enfermería de la empresa, cumpliendo un horario fijo de lunes a viernes, atendiendo a los empleados de la compañía y asesorando por teléfono, correos electrónicos o en el consultorio y haciendo brigadas de salud; que el Dr. Hernández «... *pedía permiso al señor RICARDO MARZANO o a MAGDALENA SDANTAMARÍA (sic)...*» y dejaba un reemplazo autorizado por la empresa;

que se vinculó a la entidad a través del Dr. Hernández suscribiendo un contrato que aquella le dio al actor para que ella lo firmara; insistió que ambos recibían órdenes del «...área administrativa de MAGDALENA SANTAMARÍA, de recursos humanos el señor RICARDO MARZANO y PATRICIA ROMERO,...», que estaban «...sujetos al mismo reglamento de normas de la empresa, de seguridad industrial, teníamos horario,...) el Doctor HERNÁNDEZ trabajaba de lunes a viernes también, de ocho a doce y media,... »; que trabajaban horas extras en jornadas programadas por la empresa, dentro o fuera de ésta, las cuales les eran pagadas por separado de acuerdo con el número de las laboradas; que el trabajo y atención lo tenían que hacer dentro del consultorio, todo pagado por IBM, incluidos los medicamentos y elementos; que el Dr. Hernández no podía atender pacientes propios, distintos a los empleados de la compañía, pues no tenía esa clase de autorización; que les entregaron a cada uno, un bíper para comunicarse, además de que, por celular, el médico tenía disponibilidad permanente; que, a ella, le pagaban a través del Dr. Hernández; que en forma permanente «...el Doctor HERNÁNDEZ prestó servicios personales como médico y en salud ocupacional a los empleados de la compañía y no tuvo negocios comerciales o de otro tipo de negocios con IBM»; que el salario mensual de ambos se lo pagaban al Dr. Hernández, quien, al recibir le daba la remuneración a la testigo y el saldo era de aquél, que debían seguir el plan médico, el plan de seguridad industrial y de salud ocupacional impuestos por la empresa. Todo lo anterior, lo testificó por haberlo vivido personal y directamente.

Alude a que la señora ANA MARÍA BARRIOS BERNAL (fls. 378 a 381) dijo que fue atendida por el profesional demandante, cuando ella trabajó en la empresa demandada, dentro de horarios determinados de lunes a viernes, durante años.

El doctor EGIDIO DE JESÚS GÓMEZ SÁNCHEZ (fls. 391 a 394), informa que Oscar era el médico de salud ocupacional de IBM, cuyas funciones eran las de atender pacientes, dar órdenes médicas para cirugías y supervisar las órdenes médicas; que reemplazó en tres turnos (12 horas) al demandante, debiendo cumplir horarios; que los pacientes eran exclusivamente de IBM; que le consta personalmente, por haberlo visto en historias clínicas, que «...llevaban los sellos de aprobación de los diferentes departamentos de procedimientos médicos o quirúrgicos».

De la versión de la señora GINA ALEXANDRA VANOV FONSECA (fls. 397 a 403) afirma que esta no varía sustancialmente el relato de los hechos, pues informó sobre la prestación de servicios en el departamento médico de IBM, con elementos de la empresa, que era supervisado por parte de recursos humanos, que el demandante cumplía horarios fijos en varios días de la semana, que devengaba unos honorarios mensuales cuyo monto podía variar, si se prestaban servicios adicionales por el número de horas ocupadas, que, para los reemplazos eventuales, el Dr. Hernández presentaba candidatos a recursos humanos y,

entre ambos, escogían al candidato que lo sustituiría, que solamente podía atender empleados directos de IBM.

Del señor DIEGO SANDOVAL REYES (fls. 403 a 407), advirtió que, del mismo modo, afirma la existencia de la relación y las circunstancias relativas al lugar del trabajo, los elementos de la empresa con los que prestaba el demandante sus servicios de médico en la atención personal a los empleados de la compañía; que describió las medidas de seguridad tomadas para todo el personal que ingresara a ésta; que lo conoció como proveedor; que, para cuando hubo reemplazos, el testigo recibía requerimiento de recursos humanos en tal sentido.

Creer que porque algunos testigos, así como documentos, se refieren a que al demandante se le dio el nombre de proveedor y a los contratos que este suscribió, las denominaciones de «*Acuerdo mercantil de suministro de servicios profesionales*» o «*Acuerdo para la prestación de servicios profesionales independientes*», que a su remuneración se le llamó honorarios y se le canceló mediante la presentación de cuentas de cobro, sea suficiente para desvirtuar el contrato de trabajo, asevera el censor, es, sencillamente, igual a apreciar equivocadamente, como lo hizo el tribunal, las probanzas en las que se basa la sentencia atacada, porque se toma lo literal de esas probanzas, pero se desconoce la verdad del contrato realidad enmarcado en las actividades personales realizadas, ininterrumpidamente, durante cerca de seis años por el demandante, dentro de las dependencias de la

empresa, en consultorio de ésta, con elementos propios de la misma, necesariamente siguiendo instrucciones de recursos humanos de la compañía, cumpliendo horarios fijos durante cinco días a la semana, atendiendo exclusivamente a trabajadores de la empresa, teniendo que ser autorizados los procedimientos quirúrgicos dispuestos por el médico, por recursos humanos de la empresa, limitándole el ejercicio de la profesión por no poder recibir o atender pacientes particulares del actor o ajenos a los trabajadores de la empresa, con disponibilidad telefónica y presencial de 24 horas al día y, en general, teniendo que atender y cumplir las reglamentaciones de la sociedad. Concluye que este es el contexto unificado probatorio que debe ser considerado.

Para tener por desvirtuada la presunción legal y descartar la primacía de la realidad y determinar la inexistencia del contrato de trabajo, anota, no basta detenerse en el simple texto del propio documento cuyo contenido y efectos se controvieren; tampoco es válido, agrega, desarticular del contexto de las pruebas todos los hechos y elementos a los que se refieren para desacreditar el contrato de trabajo. Es absolutamente indispensable analizar el conjunto de cada prueba y las pruebas en conjunto, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desenvolvió la prestación de los servicios para llegar a la inevitable conclusión de la existencia del contrato de trabajo, labor que, según el impugnante, omitió la providencia acusada.

El fallo, por consiguiente, afirma, violó indirectamente por aplicación indebida, como se ha dicho, los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 53 de la Carta Política, pues se atuvo más a unas formas externas, preparadas muy bien por la empresa, desde el comienzo de la relación contractual, y, desde luego, advertidas en su ejecución; pero, dice, desestimó las que provienen de la real actividad del demandante con las constantes atrás mencionadas y que siempre consolidaron la naturaleza de trabajo personal, directo y subordinado por varios elementos de sujeción o dependencia imposibles de ser transformados unilateralmente por el doctor HERNÁNDEZ SILVA.

Transcribió el artículo 23 del CST, subrogado por el 1º de la Ley 50 de 1990, junto con el artículo 24 ibídem.

Considera que, en autos, no solo no se desvirtuó la presunción de la norma inmediatamente anterior, sino que se reafirmó la existencia de la dependencia que durante todo el tiempo debió mantener el demandante respecto de la accionada, porque aquél necesariamente debió cumplir las órdenes impartidas por ésta, desde la manera de ingresar a las instalaciones de la empresa, como del sitio en donde debía cumplir sus funciones, el tiempo que debía dedicar y aún la cantidad de trabajo, toda vez que tenía que atender a todos los pacientes trabajadores de la compañía que a bien tuviese enviarle para que fuesen atendidos.

Ninguna prueba hay en el informativo que indique que el demandante pudo negarse a atender o que le fuese permitido escoger los pacientes.

Para el recurrente, también hay prueba de imposición de reglamentos de la empresa; y todo lo anterior se mantuvo «...*por todo el tiempo de duración del contrato...*», en las voces del artículo 23.

Sostiene que el tribunal aplicó indebidamente las normas, pues, en lugar de tener por demostrados los tres elementos de la relación laboral, desconoció el de la subordinación y, por el contrario, reconoció sin fundamento que el contrato de trabajo había sido desvirtuado, cuando, en realidad, lo que las pruebas mal apreciadas y las dejadas de apreciar indican es que siempre hubo dependencia, sin que, para descartar esta, deba confundirse la autonomía propia de cualquier profesión con la relativa a las condiciones de tiempo, modo y lugar de desempeño del trabajo.

Aunque existen múltiples pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia alrededor de la primacía de la realidad suficientemente probada como en el caso de autos, dice que acude a la de 16 de marzo de 2005, radicación 23987, cuyos pasajes pertinentes trascribió.

Por lo expuesto, insiste en que se case totalmente la sentencia atacada en los términos perseguidos en el alcance de la impugnación y que, en sede de instancia, se revoque

la de primer grado, para, en su lugar, se condene a la empresa demandada a pagar al demandante lo que legítimamente le corresponda.

Y, como consideraciones de instancia, particularmente en el estudio de la buena fe para aplicar la indemnización por mora, pide que no se tenga como señal, ni evidencia de buena fe lo impuesto en los contratos, porque, al contrario, lo que indican es la mala fe con la que, desde un comienzo, procedió la compañía. En efecto, según su criterio, este preparó detalladamente las formas externas de unos contratos que no eran los que se iban a ejecutar, con el propósito directo de ocultar el verdadero contrato de trabajo. Abusó abiertamente de la buena fe del trabajador para darle un tratamiento de supuesto proveedor y, así, durante un largo periodo, negarle todos los derechos laborales, particularmente los de la seguridad social integral y el pago de las prestaciones sociales que sucesivamente se iban causando, partiendo de la cesantía que anualmente debió depositarle en un fondo de ese tipo. El criterio que debe primar, agrega, es el de que, a pesar de esa consciente elaboración de actos preparatorios para hacer ver una situación diferente a la de la realidad de servicios personales y personalizados, lo que aparece inocultable, precisamente por la prestación de éstos, es un auténtico contrato de trabajo imposible de pasar inadvertido, especialmente para una empleadora de la categoría de la demandada.

Por último, refiere que la posición de la compañía en el concierto empresarial nacional y multinacional permiten declinar cualquier consideración relativa a ignorancia o buena fe en la relación individual con el trabajador demandante y, por lo mismo, la aplicación de toda sanción moratoria se justifica plenamente.

VII. RÉPLICA

Considera que el tribunal, al haber dado por probados los elementos del contrato de trabajo con base en la presunción, la argumentación del recurrente encaminada a demostrar la prestación personal del servicio y la subordinación es un esfuerzo estéril, por cuanto lo que sucedió en el sublite fue el hecho de que el tribunal no se quedó ahí, sino que procedió al análisis de todo el acervo probatorio, para concluir que no obstante la prosperidad de la presunción prima facie, obraban elementos probatorios que la desvirtuaban. Alega que las consideraciones del ad quem se ciñeron a la interpretación jurisprudencial del artículo 24 del CST, verbigracia en la sentencia CSJ SL 1° de julio de 2009, radicación No. 30437, cuyos apartes pertinentes trascribió.

Señala el replicante que el tribunal dio por desvirtuada la presunción con base en dos premisas fácticas, como fueron que el contratista podía prestar los servicios contratados personalmente o a través de terceros contratados por él, y previamente autorizados por la

contratante, y que los servicios incluyeron los de enfermería, mediante la contratación y disposición de una enfermera que prestaba sus servicios bajo el mismo contrato, los cuales fueron pagados por el demandante.

Alude a que el error de hecho debe ser manifiesto, y que los reparos de la censura se acercan no más que a la posibilidad de que una cualquiera de las pruebas no conceda suficiente convicción, por lo menos de forma autónoma, que no es lo mismo a que su valoración contenga un error manifiesto, esto es que sea evidente, patente, ostensible. Y concluye que un escrutinio apreciativo de las pruebas que invoca la demanda de casación conduce a que, en ninguno de los casos, se verifica un error manifiesto, y que, de presentarse, debe cumplir con el cometido adicional de servir para descalificar la posibilidad de desvirtuar la presunción del contrato de trabajo.

VIII. CONSIDERACIONES

El tribunal fundamentó su decisión denegatoria de la declaración de existencia del contrato de trabajo, por considerar en primer lugar que i) la característica diferenciadora del contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta es la condición de subordinación a la que se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, con la advertencia, según el juzgador, de que los demás elementos normalmente concurren en cualquiera clase de

contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial e incluso del sector solidario; ii) que la presunción de orden legal contenida en el artículo 24 del CST se puede desvirtuar y fue creada con el fin de relevar a quien alega en su favor el contrato de trabajo de la carga de demostrarlo, con la sola acreditación de la prestación personal del servicio, pues, en este caso, quien se opone a tal aserto, debe desacreditarlo a través de los distintos medios de prueba; iii) que tal presunción no se desvirtúa con la exhibición de los contratos de prestación de servicios suscritos, porque, de un lado, su validez ha sido desconocida, y, de otro lado, porque la inexistencia del elemento subordinante no se acredita mediante dicho contrato, sino mediante uno o varios elementos de probanza que recreen el ejercicio de la actividad de forma autónoma e independiente; y concluyó que el a quo tuvo razón en la valoración probatoria de todos y cada uno de los elementos de prueba, cuando este determinó que, si bien se había comprobado la prestación efectiva de un servicio (presunción de tipo legal), la subordinación la dio por desvirtuada a través de diversos señalamientos y documentos obrantes en el expediente.

Conforme a esta parte del análisis de la controversia realizada por el juez de alzada, no acierta el recurrente cuando le achaca a este el yerro de haber dado por desvirtuada la presunción legal de la existencia del contrato de trabajo, únicamente con fundamento en el simple texto del propio documento, es decir de los contratos de suministro de servicios profesionales, a pesar de que su

contenido y efectos habían sido controvertidos por la parte actora; supuesto este sobre el cual el impugnante se dedica, en la mayor parte de su discurso, a aseverar que, en la realidad, sí se dio la prestación personal del servicio por parte del actor, como si esta hubiese sido desconocida por el ad quem, cuando lo sucedido fue que el juez de apelaciones sí dio por establecido que, efectivamente, el accionante había prestado personalmente sus servicios a la convocada a juicio, aunque también observó que, en los términos del convenio celebrado por las partes elevado a escrito, este podía cumplir el objeto del contrato a través de terceros, como, en la práctica, había ocurrido, según lo que él constató con base en la prueba testimonial.

Justamente, se reitera, el juez colegiado anotó que la prestación personal del servicio en el caso del sublite se había dado, razón por la cual aludió a la presunción legal del artículo 24 del CST. Solo que también fue claro en asentar que esta deducción legal podía ser desvirtuada por cualquier medio probatorio; de igual manera, determinó que la mencionada presunción no se derrumbaba con la sola exhibición de los contratos de prestación de servicios suscritos, dado que, precisamente, la controversia giraba en torno a poner en entredicho la validez de tales acuerdos y porque el hecho contrario a la subordinación no se acreditaba mediante el contrato que se hubiese suscrito, sino mediante uno o varios elementos de probanza que pusieran en evidencia que el ejercicio de la actividad desarrollada por el accionante lo fue de forma autónoma e independiente; razonamientos jurídicos estos que, valga

precisar, están al margen de la acusación formulada por la vía indirecta y sirven de basamento a la decisión absolvatoria objeto del recurso extraordinario.

Por lo anterior, el contradictor de la sentencia, para efectos de lograr el fin propuesto con la presentación del recurso, por la vía de los hechos, debió dedicarse a demostrar que, contrario a lo establecido por el tribunal, la subordinación no fue desvirtuada; sin embargo, las objeciones formuladas a la valoración de la prueba calificada para configurar un yerro fáctico en casación no cumplen dicho cometido, como enseguida se expone:

El recurrente, en el primer cargo, se lamenta de que el ad quem apreció indebidamente el interrogatorio de parte de la demandada, en tanto que en el segundo lo acusó de haberlo ignorado; prueba tal en la que, según su decir, el representante legal de la entidad había confesado, con absoluta certeza, la existencia del contrato de trabajo, y que, por dicha razón, el juez de apelaciones se equivocó al haber dado por desvirtuada la subordinación, al haberse basado simplemente en la forma y contenido de los contratos.

Una lectura a la referida prueba obrante a folios 350 a 353 del plenario, arroja que lo que aceptó la empresa, en dicha diligencia, fue la prestación personal de los servicios profesionales a la empresa (en la respuesta a la pregunta 1^a), para la atención de los trabajadores de esta, de 8 de la mañana a las 12 del día, de lunes a viernes, pero negó que

se tratase de un horario; a lo largo de la diligencia, aceptó que informó a la Secretaría de Salud quién era el médico de la empresa, según la documental de fl. 46; que los servicios fueron prestados dentro de la entidad, con el mobiliario de esta, pero con papelería propia del accionante que lo acreditaba como médico cirujano; que este tenía que recibir y entregar diariamente, a la entrada y salida, respectivamente, las llaves del consultorio y oficina de salud ocupacional de la entidad, con la aclaración de que esto lo hacía en su calidad de contratista, dado que él no tenía libre acceso e ilimitado a las instalaciones de IBM, como si lo tienen los trabajadores de la compañía; que él portaba un carné indispensable para entrar y salir de la empresa, en la medida de que, por razones de seguridad, tanto los contratistas, como los visitantes y los inquilinos del edificio deben portarlo, el cual servía para registrar la información de entradas y salidas, sin analizar la relación de la persona con la entidad; que el actor estuvo bajo vigilancia y auditoría mensual, tanto de la oficina de recursos humanos de la entidad, como a nivel andino y latinoamericano, en razón de controlar las directrices necesarias para la ejecución de cualquier contrato civil; que los relevos del actor en la prestación del servicio se hicieron en los términos del contrato de prestación de servicios suscrito con él; que las funciones del accionante fueron las certificadas en el documento visible a fl. 41, certificación que se dio, como se hace con todos los contratistas de la compañía y según las funciones que fueron pactadas en el respectivo contrato; que la relación ocurrió entre el mes de

octubre de 1996 y el 30 de agosto de 2002, cuando la entidad la finalizó.

Por otra parte, el representante legal de la demandada negó que al actor le hubiesen pagado horas extras, con la advertencia de que estas no existieron, dado que no hubo una relación laboral, y que si no existía horario, menos podía haber horas extras. Precisó que las sumas pagadas por la empresa al accionante, según las facturas de fls. 130 a 146 inclusive, correspondían a honorarios profesionales por tareas y actividades establecidas en los contratos suscritos, dado que es imposible prever, al inicio de cualquier relación contractual de orden civil, la totalidad de los servicios a ser prestados por el contratista, así pues se le pagaron los servicios adicionales cumplidos.

De la citada declaración se sigue que el deponente no confesó la existencia del contrato de trabajo, como lo asevera el impugnante; por el contrario, no hizo nada distinto a ratificar el contrato de prestación de servicios celebrado con el actor.

Se ha de enfatizar que el interrogatorio del representante legal de la demandada, para los efectos del cargo, no contiene confesión alguna (que es la que constituye uno de los medios de convicción aptos de ser atacado en casación), dado que las afirmaciones allí incluidas no revisten el carácter de una declaración de parte que le reporte consecuencias jurídicas adversas a la

accionada o favorables a su contraparte. De tal suerte que no se dio el yerro señalado por la censura.

Si la empresa, en la citada diligencia, admitió que el actor portaba un carné dentro de la empresa, que debía recibir y entregar las llaves de la oficina al ingresar y al salir de la entidad, así como que se llevaba un registro de sus entradas y salidas a la entidad y que estaba sometido a una auditoría mensual por una dependencia de la compañía, esto no es un indicativo inequívoco de la subordinación propia de un contrato de trabajo, puesto que estos son procedimientos que pueden ser aplicados tanto a personal subordinado de la entidad, como a cualquier otra persona que tenga una relación continua de cualquier tipo con la compañía, dado que constituyen medidas de seguridad y de control; y, en el caso de la auditoría mensual, es una acción propia de seguimiento del cumplimiento de los servicios en los términos contratados, natural de quien adquiere o contrata cualquier servicio.

Adicionalmente esta Sala ha sido del criterio jurídico de que la vigilancia, el control y la supervisión que el contratante de un convenio comercial o civil realiza sobre la ejecución y las obligaciones derivadas de tal relación, en ningún caso es equiparable a los conceptos de subordinación y dependencia propios del contrato de trabajo, pues estas últimas son de naturaleza distinta de aquellos.

En cuanto al señalamiento que le hizo a la valoración del interrogatorio del demandante, tampoco acierta la censura, por cuanto, la declaración de este de manera alguna puede tomarse como una confesión a su favor, en los términos del artículo 195 del CPC; de tal manera que el supuesto yerro cometido por el ad quem no se funda en prueba calificada de conformidad con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969; por dicha razón, no tiene aptitud para desquiciar el razonamiento del tribunal sobre el desvanecimiento de la presunción de la subordinación ocurrida en el sublite.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el horario de servicio médico que fue acordado por las partes, según el texto del contrato, y la disponibilidad del contratista las 24 horas tanto telefónica como de presencia física, el cual tendría un costo adicional de acuerdo con la tarifa mensual, no necesariamente, como lo defiende la censura, es un indicador incuestionable del factor de subordinación, dado que esta Sala ha reiterado que la asignación de un horario para la prestación del servicio, si bien ...*podría tornarse en elemento indicativo de la subordinación, no es necesariamente concluyente y determinante de su configuración, porque la fijación del tiempo que ha de emplear quien presta el servicio en su actividad personal, puede darse también en las relaciones jurídicas independientes, sin que por ello se entiendan forzosamente signadas por la subordinación laboral*⁴.

⁴ CSJ SL 543 de 2013

La censura refiere a que la presentación de la oferta de servicios, las cuentas de cobro, así como la inscripción como independiente del actor en el ISS, en cierta época, para cubrirse de algunos riesgos, no desvirtúan la prestación personal del servicio o limitan la subordinación. Igualmente, invoca la certificación de funciones como médico coordinador en el servicio de salud ocupacional de la empresa, con el fin de aseverar el carácter de trabajador del actor.

Al respecto anota la Sala que, para el caso del sublite, las circunstancias mencionadas no desquician lo asentado por el tribunal de que la subordinación fue desvirtuada, puesto que, para el tribunal, el desvanecimiento de este elemento propio de la relación laboral se dio en razón a que la prueba testimonial indicó que no fue una ilusión lo acordado por las partes de forma repetida, en cada uno de los contratos, sino que de verdad ocurrió la contratación de un servicio de asesoría y asistencia profesional, sujeta a la plena autonomía del contratista o proveedor, pues en la práctica no existió obligatoriedad de prestación directa y personal del servicio, tal y como se había acordado, porque, según el texto contractual, al actor le era dable prestar esas actividades, bien directamente o por interpuesta persona, a su libre disposición, en tanto que la prueba testimonial había demostrado cómo esa autonomía había sido desplegada a lo largo del nexo jurídico que vinculó a las partes, puesto que de ellas dedujo que el actor dispuso con regularidad la ejecución de la labor prometida a través de otras personas por él contratadas, y, de esta forma,

compartió las inferencias del a quo derivadas de la prueba testimonial.

Es de reiterar por la Sala que, conforme al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; de acuerdo con el artículo 24 ibidem, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación; sin embargo, cuando se logra demostrar que, en el desarrollo de la relación, el contratista realmente tuvo la autonomía para disponer si la prestación del servicio la realizaba personalmente o a través de otra persona, la subordinación desaparece, dado que el primer elemento de la relación laboral, en este caso, no fue esencial en el contrato que ligó a las partes.

Por último, corresponde decir que al no prosperar las acusaciones respecto de prueba calificada, el basamento de la decisión fundado en prueba testimonial no puede ser objeto de escrutinio por la Sala.

Por lo anterior, no prosperan los cargos.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte recurrente, dado el resultado del proceso. Se le condena a pagar la suma de \$3.250.000, por concepto de agencias en derecho,

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de septiembre de 2009, en el proceso que instauró **OSCAR HERNÁNDEZ SILVA**, contra **I.B.M DE COLOMBIA S.A.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS