El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir el salvamento dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Asunto.** Apelación sentencia

**Proceso.** Ordinario laboral

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-005-2016-00192-01

**Demandante:** Luz Helena Daza Suárez

**Demandado:** Servicios Integrales de Salud Ambulatorios SAS

**Juzgado de Origen:** Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**Tema: ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO / TRABAJO SUPLEMENTARIO / INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS / confirma -** Lo dicho permite colegir, de manera clara, que estos comportamientos son muestra del poder subordinante que la sociedad ejercía sobre la actora, no solo en relación con el cumplimiento de turnos que le habían sido asignados la actora, sino también los permisos y la forma en que debía desarrollar su actividad, toda vez, que el hecho que la demandante tuviera la condición de auxiliar de enfermería, lo hacía conocedor de la forma y elementos que debía utilizar para tratar al paciente, tanto para resguardar la seguridad e integridad del mismo, como la suya propia; aspectos que podían descartar la utilización de las auditorias presenciales o telefónicas de parte de la enfermera jefe, lo que deja entrever que no había independencia técnica, ni administrativa, en cabeza de la actora.

Todo lo anterior denota la configuración de un verdadero contrato de trabajo con todos sus elementos, pues la exigencia de informes, el cumplimiento de horarios o turnos, y el hecho de que la demandante actuaba ante los pacientes como auxiliar de enfermería de la empresa demandada son demostrativas del elemento de la subordinación, el cual no queda desvirtuado por el hecho del acatamiento de protocolos médicos, pues se evidenció, que las instrucciones que recibía iban más allá, tal y como fue precisado por las declarantes antes enunciadas y no solo con el testimonio de la señora Yarce, como lo pretende hacer ver la apoderada de la parte pasiva, quien contrario a lo que ésta última refirió sobre que sólo a la testigo en mención le constaban sus hechos, carece de sustento, teniendo en cuenta que dentro de su relato esa circunstancia no fue la que dijo la actora, en la medida en que lo que mencionó fue que todas la auxiliares debían llevar los registros de los pacientes, del resto, habló de la situación particular de la actora y del suyo propio, al desarrollar la misma labor dentro de la empresa y en parte del periodo en que la demandante también lo hizo.

(…)

De lo expuesto, se colige que la demandante no logró demostrar con precisión las horas extras exactas que laboró, teniendo en cuenta que la misma testigo Yarce Acevedo señaló que al ser turnos rotativos no se podía establecer los que cumplió la actora y el número de horas, que hubiere permitido comparar con los turnos que aparecen en los cuadros aportados, los que tampoco son prueba que efectivamente los realizó, más aún cuando desde la misma demanda no se indicó de manera precisa los recargos nocturnos, dominicales y festivos que pudiera haber laborado la demandante, tal como lo ha expresado recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia .

Por ello en la misma línea el máximo Órgano de cierre en materia laboral ha decantado que “la jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, obviamente como lo señaló el Tribunal al servicio del empleador, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo” .

(…)

Para el caso en concreto la actora en los hechos de la demanda no solicitó la indemnización por no consignación de cesantías, y si bien lo hizo frente a las cesantías, las que fueron reconocidas por la Jueza de primer nivel y ordenado su pago, por esa simple circunstancia, no se puede colegir que fue un hecho discutido y probado, además, la referida indemnización no es un derecho mínimo e irrenunciable, ni tampoco de aplicación automática, como lo ha dicho reiteradamente el órgano de cierre de esta especialidad , pues al tener naturaleza sancionatoria debe estar precedida del análisis del comportamiento que asumió el empleador moroso, para verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su incumplimiento y lo ubiquen en el terreno de la buena fe , situación que también ésta ausente en el proceso, de contera, no es posible condenar a la sociedad demandada en éste aspecto, por lo que no sale avante el recurso de la apoderada de la parte actora.

(…)

Frente al retraso en el pago de la remuneración de la actora, la señora Claudia Lorena Cardona Chica en su declaración, representante legal de la empresa demandada entre el año 2011 y enero de 2015 y actual accionista de la misma, señaló que sí hubo retrasos en los pagos de la demandante, pero los justificó en que la EPS Saludcoop era su mayor contratante y dado su proceso de liquidación, dicha entidad no le pudo girar los recursos por los servicios prestados, lo que afectó gravemente el flujo de caja de la sociedad.

En este orden de ideas, la actora logró probar la configuración de la causal que adujo para dar por terminada su relación contractual con la demandada, por lo que se genera a su favor ineludiblemente la indemnización por despido injusto, de tal manera que éstas fueron las razones para su condena, por lo tanto, no sale avante la apelación de la parte pasiva en éste ítem.

En Pereira, a los veinticuatro (24) días del mes de abril de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación frente a la sentencia proferida el 15 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Luz Helena Daza Suárez** contra la sociedad **Servicios Integrales de Salud Ambulatorios SAS,** radicado 66001-31-05-005-2016-00192-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende la señora Luz Helena Daza Suárez**,** que se declare que entre ella y la sociedad Servicios Integrales de Salud Ambulatorios SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 02-02-2013 y el 05-08-2015; en consecuencia, se le condene en razón de dicho vínculo a la última, al reconocimiento y pago de salarios completos, recargos nocturnos, dominicales y festivos, prestaciones sociales, compensación de vacaciones, indemnizaciones moratoria, por terminación del contrato sin justa causa, por el no pago de intereses a las cesantías, pago aportes a pensión y devolución al sistema de seguridad social.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) prestó sus servicios personales como auxiliar de enfermería a Servicios Integrales de Salud Ambulatorios SAS, a través de contratos de prestación de servicios, desde el 02-02-2013 hasta el 05-08-2015, en Pereira y Dosquebradas, bajo un cuadro de turnos de 12 o 24 horas que imponía la enfermera jefe Carolina Orozco, de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. o viceversa y día-día, noche-noche y un descanso, respectivamente, incluidos domingos, festivos, y nocturnos; por el turno de 12 horas recibía $49.776 y estaba sujeta al reglamento interno del trabajo y supervisada por la enfermera jefe.

(ii) El promedio de honorarios que recibió por los años 2013; 2014 y 2015 fueron $1.280.860; $1.486.737; y $1.083.785.

(iii) El objeto de los contratos de prestación de servicios fue prestar servicios profesionales de enfermería a los pacientes en su lugar de residencia o donde se encuentran, que por su patología estuvieren en el programa de hospitalización domiciliaria con Nueva EPS, Sura EPS, Coomeva, entre otras; con quienes el contratante a su vez celebraba contratos de prestación de servicios de salud.

(iv) Los primeros días de cada mes la empresa le daba los insumos necesarios para la prestación del servicio como guantes, toallas, gasas, jabón quirúrgico, alcohol, y sondas. Asimismo, cada mes asistía de manera obligatoria a un curso de actualización que brindaba la empresa y tenía una multa de $6.000 diarios por mora o incumplimiento parcial del contrato.

(v) El 05-08-2015 renunció por falta de pago de salarios, dominicales, festivos, recargos nocturnos y prestaciones sociales.

**Servicios Integrales de Salud Ambulatorios SAS** aceptó que la actora fue contratada como auxiliar de enfermería a través de contratos de prestación de servicios y los insumos dados, en la medida en que eran suministrados a su vez por la EPS, de acuerdo a la prescripción del médico tratante del paciente y los estándares preestablecidos por el Ministerio de Salud, que variaban según el tratamiento proporcionado.

Agregó que con la demandante se celebraron diferentes contratos de prestación de servicios de carácter civil, teniendo en cuenta las características del servicio a prestar y en razón a sus conocimientos específicos, incluso en una oportunidad estuvo unida por dos contratos de prestación de servicios a la vez, uno como enfermera auxiliar y otro como vacunadora, sin que estuviera regida bajo una subordinación, mucho menos al reglamento interno de trabajo, no recibía órdenes aunque sí instrucciones de los médicos tratantes del paciente que se materializaban a través de una enfermera superior, atendiendo las normas en salud que rigen para todo el país, como es la Resolución 2003 de 2014 del Ministerio de Salud.

Señala que los cuadros de turnos eran concertados con la demandante, según su disponibilidad y obedecían a las necesidades del paciente, que son determinadas por el médico tratante de la EPS a la cual estuviere afiliado el mismo.

Se opuso a todas las pretensiones y propuso las excepciones de “inexistencia de la relación laboral”, “compensación y pago”, “cobro de lo no debido”, “buena fe”, y “prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia objeto de apelación**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró que entre las partes se desarrolló un contrato de trabajo a término indefinido entre el 02-02-2013 al 05-08-2015, en consecuencia, condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones y las indemnizaciones por el no pago de intereses a las cesantías, por terminación del contrato sin justa causa y la moratoria por el no pago de prestaciones sociales.

Como fundamento de su decisión manifestó que era un hecho indiscutible que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería para la demandada, entre el 02-02-2013 y el 05-08-2015, pues tales situaciones fácticas, no fueron objeto de reproche.

En relación con la subordinación señaló que la testigo Elizabeth Cristina Yarce Acevedo tiene un conocimiento directo de los hechos al ser compañera de trabajo de la actora quien dio cuenta que ésta prestó sus servicios a la empresa, según los turnos que eran asignados por correo electrónico, las reuniones y capacitaciones eran de carácter obligatorio, no podía la demandante enviar a alguien para que la reemplazara y si había alguna incapacidad o cualquier otra circunstancia eran gestionados por la coordinadora de SEISA, asimismo se recibía instrucciones de las coordinadoras quien asignaban el cuadro de pacientes y vigilaba el cumplimiento de las atenciones.

Por lo anterior, concluyó que la actividad desempeñada por la actora no era una cuestión accidental que requiriera de un trabajo transitorio, pues la relación laboral se extendió por más de un año y adicionalmente era netamente operativa, de atención y necesarias en el objeto social de la empresa. Además desarrollaba su trabajo con elementos suministrados por la empresa prestadora de servicios de salud.

En cuanto al trabajo suplementario esgrimió que si bien en los cuadros de turnos se lograba desprender que la demandante prestaba sus servicios en determinados días del mes, de ellos no es posible colegir las horas exactas en que laboraba la demandante, pese a que testigos hicieron referencia que los turnos eran de 7:00 am a 7:00 pm y de 7:00 pm a 7:00 am, teniendo en cuenta que no se tiene certeza que esa programación de turnos se cumplió de manera definitiva o si por el contrario se pudo haber dado alguna circunstancia que llevara a que la actora no se presentara a llevar esos turnos. Además se desconoce si la demandante prestó turnos de 6, 8 o 12 horas.

Por último, en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, expresó que la actuación del demandado no puede tenerse de buena fe, si se tiene en cuenta que se empleó a la demandante para prestar sus servicios como auxiliar de enfermería bajo subordinación; por lo que claramente la intención de la demandada era defraudar los intereses de la trabajadora al suscribir contratos de prestación de servicios, cuando realmente procedió a imponer turnos de trabajo, a hacer supervisión y control del trabajo y de la calidad del mismo y demás circunstancias que llevaron al despacho a considerar la existencia de una relación de trabajo.

Y de la indemnización por despido sin justa causa por despido indirecto señaló, que el hecho de que se haya incurrido en mora en el pago de los salarios, la cual fue aceptada en la contestación al hecho treinta y dos, se constituye en causal suficiente para que la actora diera por terminado el contrato por el incumplimiento de pagar la remuneración pactada en las condiciones, periodos y lugares convenidos.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Contra la anterior decisión se presentó recurso de apelación por la parte demandante y demandada.

La primero lo hizo frente al reconocimiento de horas extras, teniendo en cuenta que la testigo Claudia Lorena Cardona Chica, quien es representante legal de la demandada hasta enero de 2016, de manera clara atestiguó que durante el tiempo en el que la señora Daza Suárez trabajó para la empresa fue muy responsable y nunca faltó a sus labores, por lo que la labor continua de la señora Daza Suárez, está probada.

Asimismo, como hubo condena por no pago de cesantías, que demuestra que nunca se pagaron y por ende se consignaron, la empresa se hace acreedora a la indemnización por el incumplimiento de esa obligación laboral, facultad que tenía la Jueza, de declarar aún no se hubiere pedido.

Por su parte la demandada, presenta su desacuerdo, con la declaratoria de relación laboral entre las partes, por el testimonio de Elizabeth Cristina Yarce Acevedo y los documentos aportados por la testigo Amparo Ruiz Osorio; teniendo en cuenta que estos últimos no reúnen los requisitos exigidos en el artículo 244 en el CGP, máxime cuando no recibió ninguna credibilidad su testimonio; además fueron desconocidos por la representante legal y no existe en el expediente ninguna otra prueba que dé cuenta que el nombre que aparece en la documental impresa y que efectivamente corresponde a un mensaje de datos, haga referencia a algún tipo de trabajador o emisor correspondiente a la empresa.

Asimismo, no están suscritos y solo por contener el logo de la sociedad no se les puede dar validez para tenerlos como material probatorio.

Y en cuanto al testimonio de la señora Yarce Acevedo, porque se le preguntó directamente si las manifestaciones que hacía las refería de acuerdo a su relación personal o si le constaba alguno de los hechos en relación con la señora Luz Helena Daza, y su respuesta fue enfática al afirmar que únicamente le constaban sus hechos.

También lo hace frente a la sanción moratoria del artículo 65 del CTS al obrar la demandada con buena fe porque existió una relación de carácter civil, además por la situación económica que atraviesa la empresa.

Y el despido sin justa causa indirecto, pues si bien obra en un documento, no se ha traído a éste debate probatorio el soporte suficiente para establecer que efectivamente esas fueron las razones por las cuales terminó la relación laboral que se declaró en ésta instancia.

Por último también se opuso al monto de las costas impuestas a la demandada, al obrar de buena fe y con un debido actuar procesal.

**CONSIDERACIONES**

En atención al artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia de esta Sala, está asignada por los puntos objeto de apelación, dados a conocer en primera instancia, sin que pueda adicionarse en la segunda.

**1. Problemas jurídicos**

De acuerdo con lo anterior, la Sala plantea los siguientes:

(i) ¿La prueba obrante en el proceso acredita la existencia del contrato de trabajo entre la actora y la empresa Servicios Integrales de Salud Ambulatorios SAS del 02-02-2013 al 05-08-2015?

(ii) De ser positivo lo anterior, ¿hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones, las indemnizaciones por intereses a las cesantías, moratoria, por terminación del contrato sin justa causa?

(iii) ¿Demostró la parte demandante que laboró recargos nocturnos, dominicales, y festivos con su cantidad precisa?

(iv) ¿Se debe reconocer la indemnización por no consignación de cesantías en virtud de las facultades ultra o extra petita que tiene la primera instancia?

(v) ¿Existieron razones serias y atendibles en el empleador que haga improcedente la indemnización moratoria del artículo 65 del CST al momento de terminar el contrato de trabajo?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1 Elementos del contrato de trabajo**

**2.1.1 Fundamento Jurídico**

Para desentrañar los problemas jurídicos planteados se hace necesario recordar, que los elementos esenciales que se requieren concurran para la configuración del contrato de trabajo, son: la actividad personal del trabajador, esto es, que realice por sí mismo, de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (artículo 23 C.S. del T.).

Estos requisitos los debe acreditar el demandante, de conformidad con el estatuto procesal civil, que se aplica por remisión del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S.; carga probatoria que se atenúa con la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S. del T., a favor del trabajador, a quien le bastará con probar la prestación personal del servicio para dar por sentada la existencia del contrato de trabajo; de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar tal presunción legal; criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes providencias, entre las que se encuentra la del 26-10-2016, rad. 46704[[1]](#footnote-1).

En atención a la discusión que se suscita en este asunto, requiere especial mención la subordinación como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, la que ha sido entendida como la facultad que tiene el empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes relacionadas con el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos.

**2.1.2. Fundamento fáctico**

Con el caudal probatorio que obra en el proceso se acreditó la prestación personal del servicio de la señora Luz Helena Daza Suárez como auxiliar de enfermería en Servicios Integrales de Salud Ambulatorios S.A.S., la que confesó la sociedad al contestar el hecho segundo de la demanda –fl.57-, prestación que fue de manera regular, sin que se haya controvertido los hitos temporales en la apelación.

Actividad de la que también dan cuenta los declarantes Claudia Lorena Cardona Chica, Elizabeth Cristina Yarce Acevedo, Amparo de los Ríos Ospina y Nini Johana Martínez Penagos, al percibir tales hechos por sus sentidos, al ser la primera gerente de la entidad demandada durante el tiempo que la demandante estuvo al servicio de la misma, las dos siguientes compañeras de trabajo, y la última como directora administrativa de esa misma sociedad; tal servicio personal entonces, permite presumir que se desarrolló en el marco de un contrato de trabajo.

Así las cosas, le corresponde a la parte demandada desvirtuar tal presunción, lo que intentó realizar al sostener a lo largo del proceso, que la labor de auxiliar de enfermería que desempeñó la señora Luz Helena Daza Suárez, la hizo sin subordinación y que las instrucciones impartidas lo fueron en el marco asistencial de los pacientes, esto es, atendiendo los protocolos establecidos por la ley y de los que hicieron alusión las declarantes.

Veamos que se probó.

La declarante Elizabeth Cristina Yarce Acevedo, compañera de trabajo de la actora, señaló que tanto la demandada como ella recibían capacitaciones, las que debían asistir de manera obligatoria, pues de no recibirlas, no les asignaban turno el mes siguiente, y que tales consistían sobre cómo atender al paciente, la utilización de los elementos de bioseguridad, cómo se estaban desarrollando los programas, con el fin de verificar si se estaba cumpliendo o no con las exigencias de la empresa.

Información que se verificaba con las llamadas que hacía la empresa a los familiares de los pacientes que se atendían, donde les preguntaban si se cumplía el horario, si se utilizaban las normas de bioseguridad y el trato al paciente, como lo corrobora la testigo Claudia Lorena Cardona Chica, representante legal de la entidad para la época en que laboró la demandante, cuando manifestó que las llamadas se hacían a los pacientes por un sistema aleatorio donde se les cuestionaba sobre todos los servicios que recibían; de la misma forma se hacía una auditoría para el mejoramiento, satisfacción del paciente, y calidad de la prestación del servicio; y también lo hizo Johana Marcela Mendoza Muñoz en el interrogatorio de parte que absolvió como representante legal de la demandada.

Igualmente refiere ésta última declarante que la coordinadora de la zona cuando daba *“órdenes”* eran relacionadas con la referencia que hacía el médico sobre los procedimientos que se le tenían que hacer al paciente, teniendo en cuenta que la enfermera no definía el plan de manejo del paciente.

Asimismo narró la testigo Yarce Acevedo que debían pedir permiso por citas médicas, y si bien podían enviar personas que las remplazara cuando no era posible asistir a los turnos, aquellas debían ser previamente autorizadas por la jefe, entre las que nombró a Yulieth, Luz Karime, Eliseo, Bibiana Ríos, y Mabelli Vásquez, y de no serlo, no asistían a la cita; además las personas autorizadas tenían que pertenecer al equipo de auxiliares de enfermería de la empresa.

Circunstancias que reafirma la declarante Cardona Chica, quien manifestó que los cambios de turno eran informados a la jefe, sin especificar su nombre.

Por otra parte adujo igualmente la testigo Yarce Acevedo, que cada mes se presentaba un informe, el que contenía los registros de medicamentos, signos vitales, las firmas del familiar del paciente para hacer constar que se hizo el turno en el horario establecido, junto con la cuenta de cobro; información que también validan las testigos Cardona Chica y Mendoza Muñoz; justificando que dichas acciones se llevaban a cabo para establecer el cumplimiento de protocolos médicos o verificar la condición de salud del paciente.

Lo dicho permite colegir, de manera clara, que estos comportamientos son muestra del poder subordinante que la sociedad ejercía sobre la actora, no solo en relación con el cumplimiento de turnos que le habían sido asignados la actora, sino también los permisos y la forma en que debía desarrollar su actividad, toda vez, que el hecho que la demandante tuviera la condición de auxiliar de enfermería, lo hacía conocedor de la forma y elementos que debía utilizar para tratar al paciente, tanto para resguardar la seguridad e integridad del mismo, como la suya propia; aspectos que podían descartar la utilización de las auditorias presenciales o telefónicas de parte de la enfermera jefe, lo que deja entrever que no había independencia técnica, ni administrativa, en cabeza de la actora.

Todo lo anterior denota la configuración de un verdadero contrato de trabajo con todos sus elementos, pues la exigencia de informes, el cumplimiento de horarios o turnos, y el hecho de que la demandante actuaba ante los pacientes como auxiliar de enfermería de la empresa demandada son demostrativas del elemento de la subordinación, el cual no queda desvirtuado por el hecho del acatamiento de protocolos médicos, pues se evidenció, que las instrucciones que recibía iban más allá, tal y como fue precisado por las declarantes antes enunciadas y no solo con el testimonio de la señora Yarce, como lo pretende hacer ver la apoderada de la parte pasiva, quien contrario a lo que ésta última refirió sobre que sólo a la testigo en mención le constaban sus hechos, carece de sustento, teniendo en cuenta que dentro de su relato esa circunstancia no fue la que dijo la actora, en la medida en que lo que mencionó fue que todas la auxiliares debían llevar los registros de los pacientes, del resto, habló de la situación particular de la actora y del suyo propio, al desarrollar la misma labor dentro de la empresa y en parte del periodo en que la demandante también lo hizo.

Tampoco es suficiente para desmoronar la subordinación el que la testigo Elizabeth Yarce Acevedo dijera que ellos llevaban su equipo como tensiómetro, fonoscopio, pulsímetro, al ser bienes que no se consumen con su uso, diferente a los insumos que sí los proporcionaba Seisa que son fungibles. Máxime que el trabajador puede poner los elementos de trabajo cuando ellos les de seguridad para su labor, sin que ello desdibuje el tipo de contrato, según el contenido del No.1 del art.57 del CST.

De tal manera que la presunción del contrato de trabajo no fue infirmada con el acervo probatorio mencionado, tampoco lo fue bajo el argumento de la demandada del acatamiento de protocolos e instrucciones, al ser el servicio de salud, el prestado por la sociedad Servicios Integrales de Salud Ambulatorios SAS, pues si bien, no puede desligarse de cumplirlos, la subordinación, como elemento constitutivo del contrato de trabajo, va más allá del ejercicio de un control de calidad de los servicios profesionales contratados, es decir, lo que realmente indica el ejercicio del poder subordinante, es la imposición de órdenes o instrucciones respecto de la manera cómo éste debe realizar las funciones y acatar las obligaciones que le son propias, situación que fue la que aconteció.

Por último, en cuanto a los documentos aportados por la testigo Amparo Ruiz Osorio, de los que se duele también la recurrente de la parte pasiva, se tiene que de conformidad con el numeral 6 del artículo 221 del Código General del Proceso, el testigo al rendir su declaración podrá aportar y reconocer documentos relacionados con su declaración, sin embargo, se advierte que los mismos deben provenir necesariamente de su propia iniciativa y tener relación con los temas de su versión, asimismo ser procedentes de los mismos declarantes o de terceros[[2]](#footnote-2), teniendo en cuenta que de lo contrario se estaría permitiendo una nueva oportunidad para aportar documentos por las partes, siendo estas únicamente en los escenarios de los de la demanda y la respectiva contestación.

Al respecto, la actora reconoció, dentro del interrogatorio de parte que se hizo de oficio, que le entregó a la testigo Ruíz Osorio los correos electrónicos allegados a su cuenta, para que los aporte al proceso, por lo tanto, es evidente que los mismos no son de iniciativa de la declarante en mención, ni provienen de la cuenta electrónica de ésta, por el contrario, los que reposan en los folios 128 a 132 son del correo electrónico de la demandante, tal como ella misma lo reconoció en el respectivo interrogatorio y que debió haber aportado en la demanda, como no lo hizo, era necesario prescindir de los mismos en el acto por parte de la Jueza de primer nivel, ante la confesión de la actora.

Situación que a pesar de no haberlo hecho la a *quo* y de advertirse en ésta instancia, no repercute la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, en la medida que la prueba testimonial antes mencionada, como ya se dijo, no desvirtuó la presunción del artículo 24 del CST, que fue lo que abrió paso a tal decisión.

En ese orden de ideas, coincide la Sala con la posición expresada en primera instancia, en razón de lo cual se confirmará la declaración de la existencia de una verdadera relación laboral entre la señora Daza Suárez y la sociedad demandada, en los extremos que concluyó la a-quo, pues este aspecto no debe abordarse, en tanto no fue objeto de apelación, como ya se dijo anteladamente.

**2.2 Horas extras**

**2.2.1 Fundamento jurídico**

Los artículos 158 y 161 del CST disponen que por regla general la jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas diarias, 48 semanales, la que puede ser menor en los casos que el artículo 161 señala o la que convengan las partes.

En relación a las horas extras de trabajo, son las que exceden la jornada ordinaria y en todo caso la máxima legal, sin que sobrepasen de dos (2) horas diarias y doce (12) semanales.

De la misma forma, el art.162 ib., establece la excepción a la regulación sobre la jornada máxima legal, para aquellos trabajadores que desempeñen cargos de dirección, confianza o manejo; servicios domésticos y los que ejerciten labores discontinuas o intermitentes, vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo.

Ahora, para que se produzca una condena por horas extras, dominicales o festivos, en sentir de la Sala Laboral de la Corte Suprema[[3]](#footnote-3) se exige: “*las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”.*

Criterio que recientemente se reiteró en providencia del 28-02-2018, radicado 51138, M.P. Dolly Amparo Caguasango Villota.

**2.2.2 Fundamento fáctico**

Para la apoderada de la parte activa se probó la labor continua e ininterrumpida de la demandante con el testimonio de Claudia Lorena Cardona Chica, al decir que la actora nunca faltó a sus labores, por lo que se debió reconocer el trabajo suplementario.

Sin embargo, tal mención no la hizo la testigo Cardona Chica en su declaración, por el contrario indicó que la señora Daza Suárez prestó sus servicios a la empresa en periodos interrumpidos entre los años 2011 a 2015, pero aún de haberlo hecho, la afirmación por sí sola no es prueba del trabajo suplementario que pretende la actora, porque es necesario determinar con precisión y claridad las horas extras que efectivamente trabajó, máxime cuando desde el libelo se estableció que ésta cumplió turnos todos los días de la semana de 12 o 24 horas de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. o viceversa y día-día, noche-noche y un descanso, respectivamente, incluidos domingos, festivos, y nocturnos.

Veamos que se probó.

Para lograr su cometido la demandante solicitó los testimonios de Elizabeth Cristina Yarce Acevedo y Luz Amparo de los Ríos Ospina, compañeras de trabajo, la primera manifestó que no podía decir exactamente qué días prestó sus servicios la actora, habida cuenta que los turnos eran corrido - corrido, noche – noche, libre – libre, sin que especificara los días de la semana, porque son turnos rotativos, por lo tanto, se podía trabajar lunes a jueves, descansar viernes y luego ingresar un domingo.

Además señaló que la demandante fue supernumeraria por un tiempo, esto es, que se le asignaba ciertos turnos por un tiempo con un solo paciente, y después la pasaban con otro paciente, cubriendo los turnos de otras, sin detallar la época.

Y seguidamente que no sabía cuántos turnos promedio hacía la demandante puesto que en su situación particular, hacía aproximadamente 14 o 15, tenían asimismo un paciente que les asignaban un mes, otro, dos meses y en el caso de las supernumerarias debían ver muchos pacientes en el mes; igualmente que los turnos eran enviados por la jefe a través de correo electrónico donde aclaró que las letras “c” es un corrido que va de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. y la “n” una noche, desde las 7:00 p.m. a 7:00 a.m.

Por su parte, la testigo Luz Amparo de los Ríos Ospina señaló que el trabajo en la empresa como auxiliar de enfermería es de todos los días con una disponibilidad de 24 horas, sin más datos.

También la demandante allegó varios documentos denominados “cuadros de turnos auxiliares de enfermería”, visibles a folios 25 a 42, correspondientes a los meses octubre, noviembre y diciembre de 2013; julio y noviembre de 2014; diciembre con el año 2014 escrito en lapicero; al igual que el mes de enero de 2015; y febrero de 2015; en ellos se observa el nombre de “SEISA servicios integrales de salud ambulatorios” y el de la actora, seguido de las letras “c”; otros con la letra “n” y con intervalos entre letra y letra.

De lo expuesto, se colige que la demandante no logró demostrar con precisión las horas extras exactas que laboró, teniendo en cuenta que la misma testigo Yarce Acevedo señaló que al ser turnos rotativos no se podía establecer los que cumplió la actora y el número de horas, que hubiere permitido comparar con los turnos que aparecen en los cuadros aportados, los que tampoco son prueba que efectivamente los realizó, más aún cuando desde la misma demanda no se indicó de manera precisa los recargos nocturnos, dominicales y festivos que pudiera haber laborado la demandante, tal como lo ha expresado recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[4]](#footnote-4).

Por ello en la misma línea el máximo Órgano de cierre en materia laboral ha decantado que *“la jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, obviamente como lo señaló el Tribunal al servicio del empleador, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo”[[5]](#footnote-5).*

En este orden de ideas, no es posible acceder al reconocimiento de trabajo suplementario, razones por las cuales se confirmará la decisión en este aspecto.

**2.3 Indemnización por no consignación de cesantías en virtud de las facultades ultra o extra petita**

De antaño ha dicho el órgano de cierre en materia laboral[[6]](#footnote-6) que a los Jueces Laborales como cualquier operador judicial están obligados a dictar sentencias congruentes, salvo que la Ley los releve expresamente a ello, como es la facultad, en materia laboral, otorgada a los jueces de única y primera instancia, de fallar extra o ultra petita, de conformidad con el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que establece, para lo que nos incumbe, que el juez de única y primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados[[7]](#footnote-7).

Y adicionalmente podrá el Juez de segunda instancia usar dicha facultad cuando se trate de un derecho mínimo e irrenunciable, según surge de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-968-03[[8]](#footnote-8).

Para el caso en concreto la actora en los hechos de la demanda no solicitó la indemnización por no consignación de cesantías, y si bien lo hizo frente a las cesantías, las que fueron reconocidas por la Jueza de primer nivel y ordenado su pago, por esa simple circunstancia, no se puede colegir que fue un hecho discutido y probado, además, la referida indemnización no es un derecho mínimo e irrenunciable, ni tampoco de aplicación automática, como lo ha dicho reiteradamente el órgano de cierre de esta especialidad[[9]](#footnote-9), pues al tener naturaleza sancionatoria debe estar precedida del análisis del comportamiento que asumió el empleador moroso, para verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su incumplimiento y lo ubiquen en el terreno de la buena fe[[10]](#footnote-10), situación que también ésta ausente en el proceso, de contera, no es posible condenar a la sociedad demandada en éste aspecto, por lo que no sale avante el recurso de la apoderada de la parte actora.

**2.4 Indemnización moratoria del artículo 65 del CST; despido indirecto; costas**

Frente a estos últimos reparos de la parte demandada, es necesario señalar en relación con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST que ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[11]](#footnote-11) que “*la absolución de esta clase de indemnización, cuando se discute la existencia del vínculo contractual laboral, no depende de la negación del mismo por parte del accionado, al dar contestación al libelo demandatorio, ni la condena de esta súplica pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia, habida consideración de que en ambos casos se requiere del examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que atañe las circunstancias que rodearon el desarrollo y finalización del contrato, a fin de poder determinar si la postura de éste resulta o no fundada, conforme a la prueba arrimada”.*

En el caso el particular, el acervo probatorio es suficiente para poner en evidencia que la parte demandada actuó desprovista de buena fe al no pagarle a la actora todos los derechos que emergen de una vinculación subordinada y dependiente, pues no resulta plausible que tuviera la firme convicción de encontrarse amparada por un contrato de prestación de servicios, dadas las condiciones que rodearon la situación laboral de la actora, y la forma en que se desarrolló el contrato como se vio líneas atrás, lo que la despoja de toda conducta de buena fe.

Aunado a lo anterior no se demostró la situación económica de la empresa, que aludió la apoderada de la parte demandada en la apelación, como una razón atendible para exonerarla de ésta indemnización. Razones suficientes para confirmar también la sentencia en éste punto.

Frente al despido indirecto o llamado también autodespido, se configura cuando el empleado de forma unilateral, argumenta una de las justas causas que se encuentran previstas en el literal b) del artículo 7° antes citado, y que le es imputable al empleador, siendo una de ellas, *el “incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales o legales”,* la que a su vez puede darse ante la presencia de entre otros, acoso laboral, desmejoramiento de las condiciones de trabajo, como salario, horarios de trabajo, [pago retardado de sueldos](https://www.gerencie.com/renuncia-debido-a-que-la-empresa-regularmente-le-paga-tarde-su-salario.html), etc.

Sobre esta causal y específicamente, respecto a la falta o retardo en el pago de los salarios, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, indicó[[12]](#footnote-12):

*Ahora, si el empleador, aun sin incurrir en culpa, pero por las situaciones propias del mercado, se ve inmerso en una crisis financiera que afecta la estabilidad propia de la empresa y por ello deja reiteradamente de pagar el salario a sus trabajadores, es evidente que viola gravemente sus obligaciones como tal. La dinámica en que desarrolla su actividad empresarial posibilita que todos los fenómenos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, sean previsibles y por tanto no pueden usarse como justificantes para incumplir sus obligaciones como empleador.
(…)*

*Por tanto, si dichas dificultades económicas no son fuente lícita para despedir a un trabajador, la consecuencia para el empleador es el pago de la indemnización correspondiente, lo que correlativamente implica que cuando el trabajador renuncia por el no pago de salarios y prestaciones que comporta el reiterado incumplimiento del empleador de sus obligaciones especiales, éste no puede alegar las dificultades económicas suyas para exonerarse de la indemnización derivada del despido indirecto o autodespido, como se conoce tal situación”.*

Ahora, en lo que tiene que ver con el *“incumplimiento sistemático”* de que trata la norma referida, ha expuesto reiteradamente[[13]](#footnote-13), que la inobservancia debe ser reiterada, es decir, que se presente por lo menos más de una vez.

Los efectos jurídicos del autodespido o despido indirecto son los mismos del despido sin justa causa y busca la indemnización establecida en el Código Sustantivo del Trabajo en lo que respecta a la terminación sin justa causa por parte del empleador.

Conforme al documento visible a folio 16 del cuaderno de primer grado, la señora Daza Suárez, el 05-08-2015, presentó carta de renuncia en las instalaciones de la empresa demandada y, según lo allí expuesto, el motivo fue el incumplimiento constante y prolongado en el pago, dado que se le adeudaba desde mayo.

Frente al retraso en el pago de la remuneración de la actora, la señora Claudia Lorena Cardona Chica en su declaración, representante legal de la empresa demandada entre el año 2011 y enero de 2015 y actual accionista de la misma, señaló que sí hubo retrasos en los pagos de la demandante, pero los justificó en que la EPS Saludcoop era su mayor contratante y dado su proceso de liquidación, dicha entidad no le pudo girar los recursos por los servicios prestados, lo que afectó gravemente el flujo de caja de la sociedad.

En este orden de ideas, la actora logró probar la configuración de la causal que adujo para dar por terminada su relación contractual con la demandada, por lo que se genera a su favor ineludiblemente la indemnización por despido injusto, de tal manera que éstas fueron las razones para su condena, por lo tanto, no sale avante la apelación de la parte pasiva en éste ítem.

Por último, en lo que tiene que ver con el porcentaje de costas fijado por la *a quo* en la primera instancia, con el que quedó inconforme la parte demandada, resulta pertinente enunciar que estas corresponden a la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón en el proceso, razón por la cual se hará merecedor a ella la parte vencida.

Ahora, en lo que respecta al porcentaje a imponer el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, señala que en caso de prosperar parcialmente la demanda, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar una condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

En el asunto en particular, se advierte que no todas las pretensiones salieron avante, lo que justifica el actuar de la Jueza, en cuanto a una condena parcial, estando dentro de su arbitrio establecer el porcentaje, que en este caso no se evidencia antojadizo, pues la norma en cita no señala que se hará en proporción a lo accedido, razón por la que no prospera este reclamo.

**CONCLUSIÓN**

Lo anterior permite a esta Sala confirmar la decisión objeto de apelación.

Dado el fracaso de los recursos interpuestos por las dos partes no hay lugar a imponer costas en esta instancia.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Luz Helena Daza Suárez** contra la sociedad **Servicios Integrales de Salud Ambulatorios SAS.**

**SEGUNDO.** Sin costas en esta instancia, por lo mencionado.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

1. M.P. Gerardo Botero Zuluaga y Jorge Mauricio Burgos Ruiz. [↑](#footnote-ref-1)
2. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio*. “Código General del Proceso. Pruebas”.* Dupré Editores. 2017. Págs. 322 y 323. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15-07-2008. Radicación 31637. M.P. Isaura Vargas Díaz, reiterada en sentencias del 17-06-2015. Radicación 47568. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz; 22-06-2016. Radicación 45931 y 15-02­-2017. Radicación 47044. M.P. Gerardo Botero Zuluaga. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia de 28-02-2018. Radicación 43301. M.P. Jimena Isabel Godoy Fajardo. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 28-02-2018. Radicado 51138, M.P. Dolly Amparo Caguasango Villota. [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 07-07-2010. Radicado 38700. M.P. Luis Javier Osorio López. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 22-02-2017. Radicado 47063. M.P. Gerardo Botero Zuluaga. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Sala de Casación Laboral. Sentencias del 01-07-2015. Radicación 44186. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y 18-05-2016. Radicación 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia del 26-04-2017. Radicado 50514. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia de 07-02-2018. Radicado 51340. M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero. [↑](#footnote-ref-11)
12. M.P. Luis Javier Osorio López. Radicación No. 35125 del 31-03-2009 [↑](#footnote-ref-12)
13. SL18623-2016. Radicación N.° 45760 del 06/12/2016, en la que se citan las del 11/05/2006 rad. 26951, reiterada en un caso análogo de despido indirecto SL, 9 ag. 2011, rad. 41490. [↑](#footnote-ref-13)