

Señores
Honorables Magistrados
SALA PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
E. S. D.

REF.- Acción de tutela promovida por la Sociedad **ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S.** contra la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** y la **SALA DE DESCONGESTIÓN LABORAL No. 3 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, trámite al que debe vincularse como terceros interesados el **JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ y JHONY ALEJANDRO BARBOSA SILVA.**

CÉSAR HUMBERTO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ identificado con CC No 80.039.849 de Bogotá y portando la TP No. 151.867 del C S de la J obrando en calidad de **APODERADO JUDICIAL** de la Sociedad **ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S.**, tal como se acredita con el poder adjunto, respetuosamente instauro ante su Honorable Despacho **ACCIÓN DE TUTELA** contra la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** y la **SALA DE DESCONGESTIÓN LABORAL No. 3 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** conformada por los H. Magistrados **JORGE PRADA SÁNCHEZ, DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ y JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO**, toda vez que se reúnen los requisitos de procedibilidad en las sentencias que se identifican **CSJ SL4163-2020 y SL5009-2020** del veintiocho (28) de octubre y nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020) al haberse expedido adoleciendo de defectos sustantivos y procedimentales, que violan los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa de mi representada y a la igualdad en concordancia con el principio de seguridad jurídica. Lo anterior, con sustento en las siguientes razones, que se pasan a explicar:

Tanto es así que, en efecto, en un caso similar al caso que nos ocupa, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia STC 7678 de 2018 MP.: Margarita Cabello Blanco, concedió el amparo y dejó sin efectos la sentencia expedida por la Sala de Descongestión Laboral en su caso, en tanto consideró, que:

“4. Analizadas transversalmente las actuaciones desplegadas en el sub lite, advierte la Corte que la solicitud de amparo constitucional debe prosperar, comoquiera que la Sala de Descongestión acusada incurrió en anomalía al

proferir la sentencia SL19998 – 2017 de 28 de noviembre de 2017, habida cuenta que infringió el artículo 2º de la Ley 781 de 2016 (...)".

El anterior mandato, que se refiere al cumplimiento de las funciones de las Salas de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, y en especial de las Salas de ese tipo en materia laboral fue transgredido radicalmente, porque la Sala de Descongestión acusada, careciendo de competencia, cambió el precedente de la Sala Laboral Permanente de Casación Laboral en lo que se refiere a:

- (i) Las reglas para determinar la existencia del contrato de trabajo.
- (ii) Las reglas para la procedencia de condena por indemnización moratoria.
- (iii) Las reglas para la liquidación en la condena de indemnización moratoria en casos de despido injusto.

Si la Sala Tercera de Descongestión Laboral consideraba que en el caso bajo estudio se debía cambiar el precedente jurisprudencial por alguna razón excepcionalísima, **así debió justificarlo o motivarlo y devolver el expediente a la Sala de Casación Laboral para que ésta decidiera sobre el particular**, tal como lo señala la norma anteriormente reseñada. Sin embargo, la Sala Tercera de Descongestión Laboral no actuó de conformidad con ello, incurriendo así en un defecto procedural y orgánico, que hacen procedente la presente tutela contra providencia judicial. De ahí, que esta tutela sea procedente a la luz de la jurisdicción constitucional, aun tratándose de una sentencia de casación, pues la misma desconoce las garantías plenas y fundamentales de la Sociedad ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S. (sentencias CC C- 590 de la Corte Constitucional y CSJ STP6577 de 2016 MP: José Luis Barceló Camacho).

Ante la configuración de los defectos descritos, es que se hace inminente la intervención en este asunto y rogamos se nos conceda la siguiente:

I. SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL

La suspensión de los efectos de las sentencias que resolvieron el recurso extraordinario de casación, estas son las proferidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia hasta tanto se resuelva de fondo y en todas sus instancias esta acción de tutela.

El anterior interrogante, lo formulo fundamentado en los siguientes:

II. HECHOS

PRIMERO. El señor Jhony Alejandro Barbosa Silva y la Organización Globaldent S.A. suscribieron contratos de naturaleza civil de prestación de servicios desde octubre de 2011 para desempeñar la actividad de ortodoncista en diferentes establecimientos de comercio de propiedad de la contratante, sin que existiera subordinación, dependencia, ni continuidad laboral; y que las labores que desempeñó el señor Barbosa Silva se enmarcaban en las propias de una profesión liberal.

SEGUNDO. Mediante apoderado judicial, el señor Jhony Alejandro Barbosa Silva promovió proceso ordinario laboral contra la sociedad ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S. y sus accionistas RAQUEL ANGÉLICA PARADA CABALLERO y JUAN PABLO ROJAS MORENO, con el fin que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el primero (1) de octubre de 2011 hasta el treinta (30) de abril de 2016, cuando la persona jurídica demandada le dio por terminado su relación laboral sin justa causa; que a la terminación de la vinculación devengaba un salario de tres millones ciento cincuenta mil pesos (\$3.150.000) mensuales y la solidaridad entre la compañía y sus accionistas, de todas las obligaciones laborales contraídas con el señor Jhony Alejandro Barbosa Silva y, en consecuencia, se condenara al pago del auxilio de cesantías, sus intereses, primas legales, vacaciones causadas por el periodo referido; los salarios de marzo y abril de 2016; las indemnizaciones establecidas en los artículo 64 y 65 del CST; lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

TERCERO. Del proceso ordinario laboral, conoció en primera instancia el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO. Luego del trámite de rigor, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá mediante fallo de 12 de julio de 2017, resolvió absolver a la sociedad ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S. y sus accionistas Raquel Angélica Parada Caballero y Juan Pablo Rojas Moreno de todas las pretensiones, se abstuvo de pronunciarse sobre las excepciones.

QUINTO. El señor Jhony Alejandro Barbosa Silva, presentó recurso de apelación contra la providencia mencionada en el numeral anterior, argumentando que se configuraba un contrato realidad a término indefinido el cual inició desde el 14 de octubre de 2011 y el 30 de abril de 2016, recurso que fue concedido por el A – Quo

y el expediente fue remitido a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde le fue repartido al Magistrado Luis Agustín Vega Carvajal.

SEXTO. La Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto, mediante sentencia proferida el día veintiséis (26) abril de dos mil dieciocho (2018) resolvió REVOCAR la sentencia y declaró que entre el señor Jhony Alejandro Barbosa Silva y la sociedad demandada existió un contrato trabajo a término indefinido entre el 14 de octubre de 2011 y el 30 de abril de 2016, en virtud del cual desempeñó el cargo de ortodoncista, con un salario promedio de \$3.138.100, finalizado por decisión unilateral de la hoy accionante, sin justa causa.

En consecuencia, condenó a la Organización Globaldent S.A.S en costas, y a pagar a favor del señor Barbosa Silva las siguientes sumas:

- a) Cesantías, la suma de \$14.269.638.
- b) Intereses a las cesantías \$3.424.713.
- c) Primas de servicios \$14.269.638.
- d) Vacaciones, la suma de \$7.134.819.
- e) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO ART.64 CST, la suma de \$10.542.936,37.
- f) INDEMNIZACIÓN MORATORIA ART. 65 del CST: la suma de \$104.603 diarios, por cada día de mora, en el pago de las prestaciones sociales, objeto de condena a partir del 30 de 2016 y hasta cuando se verifique su pago.**

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá consideró como problema jurídico, resolver si entre las partes existió un contrato de trabajo y si, en virtud del mismo, le asiste a mi representada la obligación de reconocer y pagar la totalidad de las pretensiones incoadas por el señor Jhony Alejandro Barbosa Silva.

Recordó lo establecido en los artículos 22, 23, 24, 55, 62, 64, 65 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo; 164 del Código General del Proceso.

Afirmó que de la prueba documental, testimonial y los interrogatorios de parte absueltos por las partes, la Organización Globaldent S.A.S. no desvirtuó la presunción que «*prohija los servicios personales del demandante bajo el amparo de las normas que, rigen el contrato de trabajo*», así como tampoco acreditó que el señor Jhony Alejandro Barbosa Silva ejerció su servicio para la hoy accionante con

autonomía e independencia técnica, administrativa y jurídica, porque de las declaraciones Libia Natalia Hernández Castro, Marla Johana Pérez Mecon y Jhon Ricardo Cárdenas, estableció que el señor Jhony Alejandro Barbosa Silva no ejercía sus labores con plena autonomía, pues debía ejecutarlas en la sede de Globaldent S.A.S. quien era la encargada de agendar sus pacientes y cobrar el valor de sus servicios, con el instrumental que esta le suministraba, debía portar dentro de las instalaciones de la institución los uniformes con el logotipo, las que controvirtieron lo inscrito en los contratos de prestación de servicio, bajo las reglas establecidas por la empresa y que se acreditó un salario de promedio mensual de tres millones ciento treinta y ocho cien mil pesos (\$3.138.100), en el cargo de ortodoncista desde el 14 de octubre de 2011 y el 30 de abril de 2016.

Luego de realizar las operaciones aritméticas para determinar acreencias laborales, consideró que el despido surgió de forma injustificado y condenó a la accionante de dicha acreencia laboral.

Respecto de la indemnización moratoria consideró:

“Como quiera que con el sistema de contratación que utilizó la demandada, contrato de prestación de servicios de carácter independiente, se buscaba desconocer los derechos laborales que prohíjan al demandante, denotando con ello mala fe de la demandada en la contratación de los servicios personales del actor configurándose los presupuestos del artículo sesenta y cinco (65) del Código Sustantivo del Trabajo, se condenará a pagar a título de indemnización moratoria un día de salario equivalente a la suma de ciento cuatro mil seiscientos tres pesos (\$104.603,00) por cada día de mora en el pago de las prestaciones sociales objeto de condena de a partir del 30 de abril del 2016 fecha de terminación del contrato que existió entre las partes y hasta cuando se verifique su correspondiente pago”

Finalmente, absolvio a los demandados Raquel Angélica Parada Caballero y Juan Pablo Rojas Moreno, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 1258 de 2008.

SÉPTIMO. la Sociedad **ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S.** mediante apoderado judicial interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia.

OCTAVO. El recurso extraordinario por reparto correspondió a SALA LABORAL No. 3º DE DESCONGESTIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, conformada por los H. Magistrados JORGE PRADA SÁNCHEZ, DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ y JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO.

NOVENO. Mediante sentencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020), la Sala de Descongestión Laboral No. 3 de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor JORGE PRADA SÁNCHEZ, **CAMBIÓ LA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR LA SALA PERMANENTE DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** y decidió no casar la sentencia de segunda instancia dictada el veintiséis (26) abril de dos mil dieciocho (2018), al considerar equivocadamente, que:

Los contratos de prestación de servicios no denotan, que señor Barbosa Silva ejecutara sus funciones autónomamente, en tanto encontró en dicha documental que: “*de la cláusula 10^a referida por el recurrente (fl. 180), se desprende que la accionada en el documento reconoce que las labores desarrolladas por el actor eran «trabajo», vocablo que al igual que «empleo» es propio de las relaciones laborales (CSJ SL13020-2017) y, así mismo, que estaba compelido a ejecutarlo en cualquier sede de la entidad, y que si lo hacía fuera de Bogotá D.C., debía tramitar los permisos correspondientes ante las autoridades de salud*”; que en la cláusula segunda, “*se estipuló que el contratista debía respetar las «normas, reglamentos y directrices impartidos (sic) por El CONTRATANTE»; en el numeral 10), que al actor incumbía «diligenciar y suscribir las historias clínicas conforme al manual de procedimiento para el diligenciamiento de historia clínica y anexo de protocolos, elaborado por Inversiones Rojas Parada y exigidos por la secretaría de Salud»; en el 12), se pactó: «rendir informes escritos sobre los pacientes tratados dentro de las 72 horas siguientes a que EL CONTRATANTE los solicite, este o no en vigencia el presente contrato»; que en la cláusula séptima se dijo: «(...) siendo entendido que los pacientes contactados por el CONTRATANTE a quienes el CONTRATISTA presta sus servicios son de reserva exclusiva del primero, así como las dotaciones, materiales, implementos y equipos odontológicos».*

Refirió lo expuesto para colegir que “*en la ejecución de sus actividades, el demandante estaba obligado a atender los parámetros establecidos por la demandada para diligenciar las historias clínicas, allende el aspecto meramente legal que corresponde cumplir al personal de la salud*” y que “*estaba obligado a acatar las directrices trazadas, en cuanto a la presentación de informes escritos en el término de 72 horas posteriores a la atención de los pacientes. Tampoco, puede dejarse de lado que sólo le era posible atender a los pacientes de la empresa y bajo la agenda que esta programaba, así como la utilización de los elementos que le facilitaba la compañía*”.

Consideró que el instructivo para el diligenciamiento de papelería de ortodoncia (fls. 36-38), se indicaba los parámetros bajo los cuales debía proceder para el diligenciamiento de las consultas con «*letra legible sin dejar espacios, sin enmendaduras y demás parámetros indicados (...). Es importante recalcar que cada uno de los documentos que contengan espacio para firma y huella de paciente adulto, firma y sello del profesional, se deben diligenciar desde la primera consulta.*

La Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de encontrar en el interrogatorio del señor Barbosa Silva **la aceptación respecto que él era quien finalmente ejecutaba los procedimientos odontológicos y tenía algún margen de maniobra para desarrollarlos**, no encontró configurada la confesión respecto de la autonomía alegada por GLOBALDENT S.A.S. y resaltó que en dicha diligencia, “*fue enfático al expresar la constante subordinación a la que fue sometido; tanto, que insistió que únicamente podía atender los pacientes de la organización, misma que manejaba la agenda. Así mismo, resaltó que debía portar durante sus labores un uniforme*”, sin embargo a reglón seguido, dice que no puede ser estudiada por no ser una probanza calificada para el recurso extraordinario.

Finalmente alega que el Tribunal coligió que “*no cometió un desatino fáctico de carácter manifiesto u ostensible, en tanto el estudio del material probatorio obrante en el expediente, se atuvo al parámetro que impone el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo.*

No se advierte un ejercicio inapropiado de la libertad de valoración probatoria del que están investidos los falladores en las instancias, tal cual lo ha reiterado la Corte en innumerables oportunidades, recientemente en el fallo CSJ SL3824-2020”.

DÉCIMO. La Sala de Descongestión Laboral No. 3 de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor JORGE PRADA SÁNCHEZ, **CAMBIÓ LA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR LA SALA PERMANENTE DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** y mediante providencia SL5009-2020 del nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020) complementó la sentencia SL4163-2020, y se pronunció “*sobre el contenido de la prueba denominada «anexos a las cuentas de cobro», denunciada como mal valorada por la Organización Globaldent S.A.S*”, en la que consideró que las cuentas de cobro, dan cuenta de que el actor prestó sus servicios en jornadas y horarios específicos, que no respondían a una periodicidad diaria o continua, “*eso no traduce automáticamente que fuera aquél quien determinara tal regularidad en forma autónoma e inconsulta*”.

III. PRETENSIONES

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, solicito:

PRIMERO. TUTELAR los derechos fundamentales de ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S. derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa de mi representada y a la igualdad en concordancia con el principio de seguridad jurídica.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, DEJAR SIN EFECTO las sentencias y su complementaria, estas son las CSJ SL4163-2020 y SL5009-2020 del veintiocho (28) de octubre y nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020), respectivamente proferidas por la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, hasta tanto se resuelva de fondo y en todas sus instancias esta acción de tutela, proferida por la SALA No. 3º DE DESCONGESTIÓN DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, conformada por los H. Magistrados, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por JHONY ALEJANDRO BARBOSA SILVA contra la ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S. y sus accionistas RAQUEL ANGÉLICA PARADA CABALLERO y JUAN PABLO ROJAS MORENO, radicado con el número 11001310501420160026401.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la SALA LABORAL No. 3º DE DESCONGESTIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, conformada por los H. Magistrados JORGE PRADA SÁNCHEZ, DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ y JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO, a expedir una nueva sentencia, la que debe tener en cuenta el material probatorio recaudado y el precedente judicial establecido en las sentencias CSJ SL4652-2020, CSJ SL1389-2020 y CSJ SL SL6621-2017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ordene CASAR la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar del CONFIRMAR el fallo de primera instancia.

CUARTO. De forma Subsidiaria, ordenar a la SALA LABORAL No. 3º DE DESCONGESTIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, conformada por los H. Magistrados JORGE PRADA SÁNCHEZ, DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ y JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO, a expedir una nueva sentencia, la que debe tener en cuenta el material probatorio recaudado y el precedente judicial establecido en las sentencias CSJ SL 39186, 8 may. 2012, CSJ SL665-2013, CSJ SL9641-2014, CSJ SL8216-2016, CSJ-SL11436-2016, CSJ SL6621-2017, CSJ SL 2478-2018 y CSJSL5291-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ordene CASAR la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y

en su lugar del REVOCAR el fallo de primera instancia en cuanto a la imposición de la indemnización moratoria y absuelva a mi representada de dicha condena.

QUINTO. De forma Subsidiaria, ordenar a la SALA LABORAL No. 3º DE DESCONGESTIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, conformada por los H. Magistrados JORGE PRADA SÁNCHEZ, DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ y JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO, a expedir una nueva sentencia la que debe tener en cuenta el material probatorio recaudado y el precedente judicial establecido en las sentencias CSJ STL 6 de may. de 2010, rad. 36577, reiterado por sentencia CSJ STL4454-2013, CSJ SL3936-2018 y CSJ STL6494-2019, CSJ SL1315-2017, CSJ SL5913-2020, CSJ SL6494-2019, CSJ SL6936-2015, CSJ SL8707-2020, CSJ SL17159-2014, CSJ y STP2239-2020 y ordene CASAR la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar del REVOCAR la el fallo de primera instancia en cuanto a la imposición de la indemnización moratoria y modificar dicha condena.

IV. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE SUTENTAN ESTA VÍA DE HECHO

La acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, preceptúa:

“Artículo 86 de la Constitución Política.

*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados **por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.***

(...)

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión". (Se subraya y resalta).

La Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que las personas jurídicas también ostentan la titularidad de los derechos fundamentales.

Sobre el particular en la sentencia T- 627 de 2017 se señaló:

“Esta Corporación ha señalado que las personas jurídicas gozan de la titularidad dederechos fundamentales, y en esa medida, se encuentran legitimadas para formular acciones de tutela. Esta Corte, desde sus inicios, ha defendido la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas y, en tal sentido, en la sentencia T-411 de 1992, por primera vez, se indicó que dichos entes ficticios poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías:

- i) Indirecta, se presenta cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.*
- ii) Directa, se presenta cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas.*

35. A su turno, la sentencia T-201 de 1993 señaló que las personas jurídicas tienen sus propios derechos fundamentales, tales como, debido proceso, igualdad, buen nombre, inviolabilidad de la correspondencia, domicilio y los papeles privados, acceso a la administración de justicia y habeas data, además, en la mencionada providencia se consideró que los entes ficticios son una proyección del ser humano; surgen de acuerdo con una serie de acciones que provienen de las personas naturales; cuentan con patrimonio, autonomía propia y un "good will" que gracias a sus realizaciones ha adquirido, los cuales son distintos a los de sus miembros, pues esa persona jurídica por sí misma es poseedora de unos derechos y correlativamente de unas obligaciones".

En cuanto a la acción de tutela contra providencias judiciales, excepcionalmente se ha admitido su procedencia en los eventos en que el que operador jurídico ha incurrido en lo que se denomina **vías de hecho**, siempre y cuando se verifiquen los requisitos generales y alguno de los requisitos específicos decantados en la jurisprudencia constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU-659 de 2015 reiteró:

“A la Corte le correspondió definir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando realizó control abstracto a varias disposiciones del decreto 2591 de 1991. En la sentencia C-543 de 1992 se declaró la inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 reglamentario de la acción de amparo, y precisó que existe la posibilidad excepcional de controvertir decisiones judiciales, a través de la mencionada acción pública cuando ellas la autoridad

Labor Solutions Colombia SAS. // Soluciones Laborales Integradas

CTA.Carrera 7 No 17-01 Oficina 732.

+57 031 2835295

www.lsc.com.co // www.sli-cta.com

judicial, en lugar de actuar enderecho, lo hace a través de vías de hecho.

*Esta Corporación acudió así, al concepto de **vía de hecho** para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando una decisión viola de forma flagrante y grosera la Constitución y por tanto, al ser caprichosa y arbitraria, ya no se encuentra en el ámbito de lo jurídico, sino en el campo de las vías de hecho judicial.*

*La jurisprudencia constitucional determinó que el concepto de vía de hecho hace parte de un esquema más amplio de requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, unos de carácter general (**referidos a la procedibilidad de la acción de tutela**) y otros específicos (**relativos a la tipificación de las situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales, principalmente el derecho al debido proceso**).*

De este modo, la posibilidad de adelantar el examen en sede de tutela de la providencia judicial señalada de quebrantar derechos fundamentales, conforme lo ha establecido de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia constitucional, en particular desde la Sentencia C-590 de 2005, se encuentra supeditada al cumplimiento de unos requisitos generales [...]” (resaltado fuera de texto).

Más adelante en la misma sentencia se indicó:

*“Cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, con el fin de preservar la seguridad jurídica y respetar la independencia de los funcionarios que administran justicia, además de establecer la procedibilidad de la acción de tutela conforme a los presupuestos antes indicados, **es necesario examinar si la decisión judicial cuestionada está afectada por alguna de las causales específicas de procedencia.**” (Se resalta y subraya).*

Procedo a demostrar los requisitos generales yespecíficos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales:

V. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD:

a. LA CUESTIÓN QUE SE DISCUTE ES DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL, AL INVOLUCRAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO y DE DEFENSA DE MI REPRESENTADA, SEGURIDAD JURÍDICA, IGUALDAD, DE MI MANDANTE.

Nuestra Carta Política, consagra en el artículo 29 el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a todas las personas, tanto naturales como jurídicas ya sean estas públicas o privadas.

De esta norma constitucional se derivan con claridad, además del derecho fundamental al debido proceso, el principio constitucional de seguridad jurídica, los cuales fueron transgredidos, en detrimento de mi representada, por la Sala Tercera de Descongestión pues decidió el asunto de marras careciendo de competencia absoluta para ello y desconociendo de forma grave el trámite dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.

Por tanto, el problema jurídico que se plantea con la presente acción es que la Sala de Descongestión accionada, incurrió en graves errores, vulnerando el principio de seguridad jurídica, el derecho al debido proceso, entre otros principios y derechos de rango constitucional, así como el acceso a la administración de justicia de mi representada.

En cuanto al principio de seguridad jurídica la Corte Constitucional, mediante sentencia T 502 de 2002, ha expuesto lo siguiente:

“3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento.”²

Y es que, debe revisarse la sentencia que se acusa de vía de hecho, pues **la misma no puede afectar el interés general ni mucho menos pasar por alto los preceptos constitucionales y jurisprudenciales que obvió el Despacho acusado, así como que fue proferida en completo desconocimiento del precedente jurisprudencial.**

Lo anterior, se constituye como un claro un perjuicio en el sentido en que se **cambió el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral**, lo que va en contravía del principio de seguridad jurídica que se basa en la certeza del derecho y que garantiza que una situación jurídica no sea modificada sino por procedimientos regulares o los conductos establecidos en la ley de manera previa, lo que NO sucede en el presente caso en que la Sala 3ª de Descongestión desconoció lo reglado en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016 respecto al cambio del precedente, con lo que incurrió en claros defectos desarrollados en los hechos de esta tutela y que resumimos de la forma siguiente:

b. QUE EL ACTOR HAYA AGOTADO LOS RECURSOS JUDICIALES ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS ANTES DE ACUDIR AL JUEZ DE TUTELA.

La sentencia y su complementaria, estas son las CSJ SL4163-2020 y SL5009-2020 del veintiocho (28) de octubre y nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020), respectivamente proferidas por la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no puede ser cuestionada por ningún medio judicial, a excepción de la Acción de Tutela.

En relación con el recurso extraordinario de revisión cabe advertir que la interposición del mismo está supeditado a la comprobación de las causales taxativas establecidas en la ley y, por lo tanto, este mecanismo no resulta idóneo para la protección de los derechos fundamentales invocados.

Sobre el particular, en la sentencia SU-659 de 2015, la Corte Constitucional advirtió:

“Frente al recurso de revisión, como mecanismo idóneo y eficaz, la Corte ha decantado las reglas a partir de las cuales se puede identificar, cuando el recurso extraordinario no es exigible. La Sala Plena ha expuesto que este mecanismo judicial, prima facie, es un espacio de protección de derechos fundamentales; su finalidad es revertir decisiones que hacen tránsito a cosa juzgadas al vulnerar la justicia material; así como eventos en los que nuevos hechos evidencian que una providencia se tomó a partir de evidencia ilegal.”

“El recurso extraordinario de revisión puede presentar dificultades en casos concretos, en virtud a que su procedencia está prevista en causales taxativas y regladas. En ocasiones, las mismas no se adecuan a los defectos que se señalan de una sentencia ejecutoriada. De esta manera, puede ocurrir que nos encontramos ante una sentencia injusta y violatoria de derechos fundamentales, pero no exista manera de atacarla a través de las causales del recurso extraordinario de revisión.”

c. QUE LA PETICIÓN CUMPLA CON EL REQUISITO DE INMEDIATEZ ATENDIENDO A CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

El requisito de inmediatez se cumple en el presente caso porque no ha transcurrido un lapso superior a seis (6) meses desde el momento de la notificación de la providencia judicial a través de la cual se vulneraron los derechos fundamentales cuyo amparo se depreca.

d. QUE EN EL EVENTO DE FUNDAMENTARSE LA SOLICITUD DE TUTELA EN UNA IRREGULARIDAD PROCESAL, ÉSTA TENGA INCIDENCIA DIRECTA EN LA DECISIÓN.

La irregularidad procesal está fundamentada en un defecto fáctico y el desconocimiento del precedente judicial sobre: i) las reglas para determinar la existencia del contrato de trabajo; ii) las reglas para la procedencia de condena por indemnización moratoria y iii) las reglas para la liquidación en la condena de indemnización moratoria en casos de despido injusto.

En efecto, si la ACCIONADA hubiese aplicado el referido precedente judicial y valorado las pruebas oportuna y regularmente aportadas, la decisión adoptada sería totalmente diferente, toda vez que la sentencia habría arribado a la conclusión sobre: la inexistencia del contrato de trabajo; la negación en la imposición de la indemnización moratoria así como su inadecuada tasación.

e. QUE EL ACCIONANTE IDENTIFIQUE EN FORMA RAZONABLE LOS HECHOS QUE GENERAN LA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS Y QUE, DE SER POSIBLE, HAYAN SIDO CUESTIONADOS AL INTERIOR DEL PROCESO JUDICIAL.

A lo largo del presente escrito, se han descrito los hechos y omisiones en los que se configura la vulneración de los derechos fundamentales que se alega.

f. QUE EL FALLO CENSURADO NO SEA DE TUTELA.

La decisión judicial mediante la cual se vulneraron los derechos fundamentales de la EMPRESA se profirió en el curso de un proceso ordinario.

g. REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD:

Los requisitos especiales de procedibilidad pueden ser (i) el defecto orgánico, (ii) el defecto sustantivo, (iii) **el defecto procedural**, (iv) **el defecto fáctico**, (v) el error inducido, (vi) **la decisión sin motivación**, (vi) **el desconocimiento del precedente judicial** y (vii) **la violación directa de la constitución**.

En el presente caso en las sentencias CSJ SL4163-2020 y SL5009-2020 del veintiocho (28) de octubre y nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020), respectivamente, proferidas por la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia se configuraron los siguientes defectos como se explica a continuación:

a. DEFECTO FÁCTICO

El defecto fáctico como causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales se configura cuando la autoridad jurídica en la decisión judicial carece del apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal que le sirvió de fundamento porque omitió valorar una prueba o la valoración no se realiza dentro de un marco racional.¹

Sobre el defecto fáctico, la sentencia de la Corte Constitucional SU – 448 de 2016 precisó:

*“[E]l defecto fáctico “[s]e estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. (...) el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, **no obstante las amplias facultades discretionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales.**”*

La Corte Constitucional estableció ya en su jurisprudencia las varias modalidades en que puede presentarse este defecto que pueden resumirse en dos dimensiones, positiva y negativa. La positiva se refiere a las acciones valorativas o acciones inadecuadas que el juez hace sobre las pruebas, y la negativa hace referencia a las omisiones del decreto, práctica o en la valoración de las mismas. En la Sentencia T-102 de 2006, la Sala Séptima de Revisión afirmó lo siguiente:

*“La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: **Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.***

Y una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalte su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución”.

[...]

No obstante, el operador judicial ostente un amplio margen de valoración probatoria sobre el cual fundamentará su decisión y formará libremente su convencimiento, “inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)”, esta facultad nunca podrá ser ejercida de manera arbitraria, pues dicha valoración lleva intrínseca “la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que cuando en el defecto fáctico se habla, por un lado, de la dimensión positiva se pueden presentar dos hipótesis: (i) por aceptación de prueba ilícita por ilegal o por inconstitucional, y (ii) por dar como probados hechos sin que realmente exista prueba de los mismos; y por otro lado, la dimensión negativa puede dar lugar a tres circunstancias: (i) por omisión o negación del decreto o la práctica de pruebas determinantes, (ii) por valoración defectuosa del material probatorio y

(iii) por omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella”.

Defecto orgánico, en tanto que, conforme fue explicado en los hechos de este escrito, el competente para conocer de este trámite era la Sala Permanente Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, comoquiera que la Sala de Descongestión accionada incurrió en anomalía al proferir la sentencia y cambiar de forma radical el precedente jurisprudencial horizontal vinculante.

Defecto procedimental, absoluto en tanto que el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016 claramente señala que las Salas de Descongestión Laboral actuaran independiente de la Sala de Casación Laboral, salvo cuando se considere

procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, para en cuyos casos, estas deberán DEVOLVER el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida.

Defecto material o sustantivo, porque la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia se apartó abiertamente de las normas laborales que contienen las reglas para determinar la existencia de una relación laboral, así como la imposición automática de la indemnización moratoria y su liquidación, como se explicará a continuación.

Defecto por expedir decisión sin motivación, porque la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia NO cumplió con su carga de fundar rigurosamente su posición y expresar las razones contundentes para distanciarse válidamente del precedente.

En ese sentido, se tiene que la decisión cuestionada en esta tutela quebrantó el derecho fundamental al debido proceso de mi mandante, así como al de la igualdad y el principio de la seguridad jurídica.

Las sentencias las sentencias CSJ SL4163-2020 y SL5009-2020 del veintiocho (28) de octubre y nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020), respectivamente, proferidas por Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, incurrió en el defecto fáctico enunciado por las siguientes razones:

b. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

El desconocimiento del precedente judicial se configura cuando el operador jurídico no tiene en cuenta u omite las decisiones judiciales emitidas por las altas cortes o por ellas mismas para resolver casos que guardan identidad fáctica y jurídica.

Respecto del desconocimiento del precedente judicial, la Corte Constitucional en sentencia T- 459 de 2017 indicó:

“El precedente judicial ha sido definido por el Alto Tribunal Constitucional como “aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”.

*La aplicabilidad del precedente por parte del juez es de carácter obligatorio, siempre que la ratio decidendi de la sentencia antecedente (**i**) establezca una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; (**ii**) haya servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o una cuestión constitucional similar a la que se estudia en el caso posterior; y (**iii**) los hechos del caso o las normas juzgadas en la providencia anterior sean semejantes o planteen un punto de derecho parecido al que se debe resolverse posteriormente.*

La Corte Constitucional ha sostenido que la importancia de seguir el precedente radica en dos razones, a saber:

La primera, en la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, buena fe, confianza legítima y de razonabilidad, pues la actividad judicial se encuentra regida por estos principios constitucionales:

[...]

La segunda, en el carácter vinculante de las decisiones judiciales en la medida en que “el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, (...), sino una práctica argumentativa racional”. En este sentido, y dado que los fallos de las autoridades judiciales delimitan parte del engranaje del ordenamiento jurídico, se le otorga a la sentencia precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

*No obstante, el precedente no constituye una obligatoriedad absoluta, pues en razón del principio de la autonomía judicial, el juez puede apartarse de aquellos, siempre y cuando presente (**i**) de forma explícita las razones por las cuales se separa de aquellos, y (**ii**) demuestre con suficiencia que su interpretación aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales.*

El desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidas por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia.”

Ahora bien, para que se configure el defecto por el desconocimiento del precedente judicial es necesario demostrar la existencia de una o múltiples decisiones aplicables al caso concreto y que la decisión judicial cuestionada es contraria a dichas decisiones judiciales, sin que se haya presentado una justificación razonable por parte de la autoridad judicial para apartarse del precedente.

I. EN RELACIÓN CON LA DECLARACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO CUANDO REALMENTE FUE UNO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el tópico respecto de la existencia de un contrato de trabajo entre Jhony Alejandro Barbosa Silva y la Organización Globaldent S.A.S., desde el 14 de octubre de 2011 hasta el 30 de abril de 2016, consideró que:

De la “*prueba documental, testimonial y los interrogatorios de parte absueltos por las partes*”, la Organización Globaldent S.A.S. **no desvirtuó la presunción que «prohija los servicios personales del demandante bajo el amparo de las normas que, rigen el contrato de trabajo», así como tampoco acreditó que el señor Jhony Alejandro Barbosa Silva ejerció su servicio para la hoy accionante con autonomía e independencia técnica, administrativa y jurídica**, porque de las declaraciones Libia Natalia Hernández Castro, Marla Johana Pérez Mecon y Jhon Ricardo Cárdenas, estableció que el señor Jhony Alejandro Barbosa Silva no ejercía sus labores con plena autonomía, pues debía ejecutarlas en la sede de Globaldent S.A.S. quien era la encargada de agendar sus pacientes y cobrar el valor de sus servicios, con el instrumental que esta le suministraba, debía portar dentro de las instalaciones de la institución los uniformes con el logotipo, las que controvirtieron lo inscrito en los contratos de prestación de servicio, bajo las reglas establecidas por la empresa y que se acreditó un salario de promedio mensual de tres millones ciento treinta y ocho cien mil pesos (\$3.138.100), en el cargo de ortodoncista desde el 14 de octubre de 2011 y el 30 de abril de 2016.

De otro lado, la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante providencias SL5009-2020 y SL4163-2020, respecto de los elementos del contrato de trabajo se limitó a analizar las cláusulas 2^a, 7^a y 10^a del contrato de prestaciones de servicios, el diligenciamiento de papelería de ortodoncia, el interrogatorio del señor Barbosa Silva quien aceptó que él era quien finalmente ejecutaba los procedimientos odontológicos y tenía algún margen de maniobra para desarrollarlos, para considerar que:

“Por manera que, sin que sea necesario un mayor esfuerzo, antes que revelar la independencia que alega la enjuiciada, lo transrito da cuenta de que, en la ejecución de sus actividades, el demandante estaba obligado a atender los parámetros establecidos por la demandada para diligenciar las historias clínicas, allende el aspecto meramente legal que corresponde cumplir al personal de la salud.

“Igualmente, estaba obligado a acatar las directrices trazadas, en cuanto a la presentación de informes escritos en el término de 72 horas posteriores a la atención de los pacientes. Tampoco, puede dejarse de lado que sólo le era posible atender a los pacientes de la empresa y bajo la agenda que esta programaba, así como la utilización de los elementos que le facilitaba la compañía.

Y finalmente coligió que,

“no cometió un desatino fáctico de carácter manifiesto u ostensible, en tanto el estudio del material probatorio obrante en el expediente, se atuvo al parámetro que impone el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo. No se advierte un ejercicio inapropiado de la libertad de valoración probatoria del que están investidos los falladores en las instancias, tal cual lo ha reiterado la Corte en innumerables oportunidades, recientemente en el fallo CSJ SL3824-2020”.

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

Se rememora lo anterior, pues la Sala 3^a de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias SL5009-2020 y SL4163-2020 valoró erróneamente los elementos de juicio que permiten colegir que la relación personal que ligó la accionante con Jhony Alejandro Barbosa Silva se desarrolló de manera autónoma e independiente.

En efecto, los contratos de prestación de servicio suscritos por el señor Jhony Alejandro Barbosa Silva en su calidad de persona natural, se comprometió a prestar los servicios profesionales, significa que el señor Barbosa Silva se obligó a satisfacer una necesidad específica de la Organización Globaldent S.A.S., para lo cual podía inclusive dejar de asistir a los turnos y designar a otro profesional, lo que aconteció y confesó el señor Barbosa Silva , lo que se evidenció en la demanda de casación pero la Sala 3^a Laboral de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia no observó ni se pronunció al respecto. Claro está, el compromiso de cubrir el servicio, presuponía que el señor Barbosa Silva podía dejar de asistir a su turno, pues humanamente era imposible prestarlo personalmente.

En ese orden, el elemento *intuito personae* que caracteriza a los contratos de trabajo, “*en virtud del cual la identidad del sujeto encargado de la prestación del servicio es fundamental, se rompe al acordarse y verificarse la posibilidad real de satisfacer el servicio a través de terceros*” (CSJ SL SL6621-2017).

Este hecho, por lo demás, fue aceptado por el señor Barbosa Silva en su interrogatorio de parte, donde relató que no había asistido a varios de los turnos asignados, debiendo la Organización Globaldent S.A.S., asignar a otro profesional para la ejecución de dichos turnos.

Naturalmente, estos deberes de diligenciar y suscribir las historias clínicas conforme al manual de procedimiento para el diligenciamiento de historia clínica y anexo de protocolos, elaborado por Inversiones Rojas Parada y exigidos por la secretaría de Salud, rendir informes escritos sobre los pacientes tratados dentro de las 72 horas siguientes a que la Organización Globaldent S.A.S. los solicite, estipulados en los distintos contratos de prestación de servicios suscritos con señor Jhony Alejandro Barbosa Silva como persona natural **no son síntomas concluyentes de subordinación, dada la naturaleza del servicio requerido.**

Se evidencia entonces, que la empresa contratante debía asegurarse que el personal vinculado por el contratista para la atención del servicio de ortodoncia, tuviese las calidades y requisitos estipulados, esto es, que en verdad fuesen profesionales especialistas en ortodoncia, pues como institución prestadora de servicios de salud, también le cabe responsabilidad ante los usuarios por la idoneidad del equipo humano a través del cual realiza intervenciones de dicho tipo.

La Sala 3^a Laboral de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, omitió valorar el interrogatorio de parte del señor Barbosa Silva, que fue denunciado por la Organización Globaldent S.A.S., el señor Barbosa Silva manifestó que su especialidad era la ortodoncia y, «*de manera clara y categórica*», apuntó que él determinaba los movimientos ortodoncísticos, y llevaba su propio instrumental, lo cual es congruente con los formatos de ingreso y retiro de los equipos, fueron

suscritos por el profesional, por ello, no resulta ser cierto «que desempeñara su labor bajo la autonomía técnica y administrativa de la demandada», sin embargo este argumento no fue objeto de pronunciamiento.

En este orden de ideas, si bien los documentos enunciados por la Organización Globaldent S.A.S., demuestran inequívocamente la prestación del servicio a cargo del señor Barbosa Silva durante el trayecto objeto de estudio, paralelamente también están acreditadas las condiciones de independencia y autonomía en que se ejecutó, en consecuencia erró ostensiblemente la la Sala 3^a Laboral de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Y es que se evidencia tan palpablemente el error cometido por la Sala 3^a Laboral de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia que únicamente de la lectura de la sentencia CSJ SL SL6621-2017 y que me permito trascibir se encuentra los protuberantes errores que cometió la Sala, pues los fundamentos fácticos que rodearon la sentencia referida son idénticos a los que nos entretiene, así la Sala Laboral Permanente de la Corte Suprema consideró:

Le corresponde a la Sala dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, o si, por el contrario, el vínculo que las ató fue de otra naturaleza, como lo dedujo el Tribunal.

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

En este asunto, como lo señaló el recurrente, se evidencia la prestación personal del servicio, a través de las certificaciones laborales de folios 9 y 10, emitidas por el Gerente General de la Clínica Federmán, Doctor Gabriel Pardo Mejía, de fechas 12 de abril y 14 de septiembre de 2005, en las que se certifica que el demandante laboraba, desde hacía «25 años», en dicha institución, en el cargo de Coordinador de la Unidad de Cuidados Intensivos, con un salario mensual de \$5.000.000. Estas constancias no solo tienen la firma del Gerente General de la clínica, sino que también vienen respaldadas con el sello de Médicos Asociados S.A. y el membrete de la compañía.

Adicionalmente, milita a folio 52, certificado laboral suscrito el 25 de febrero de 2003 por el Jefe de Talento Humano de SB Salud Bogotá S.A., en el cual se asegura que Héctor Manuel Galindo Rangel «labora con la Clínica Federmán desde el 1 de Noviembre de 1979 con la Empresa Médicos Asociados S.A. y por sustitución patronal desde el 1 de Enero del presente año, con la SOCIEDAD SB SALUD BOGOTÁ S.A. quien actualmente está vinculado prestando servicios como MÉDICO INTERNISTA ADSCRITO y COMO JEFE DE LA UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS». Es importante clarificar que si bien este documento fue expedido por SB Salud Bogotá S.A., empresa distinta a la accionada, no por esta circunstancia debe desconocerse su mérito probatorio, en la medida en que corresponde a un documento suscrito por quien para esa época tenía la condición de usufructuaria y empleadora de los trabajadores del establecimiento de comercio Clínica Federmán.

En efecto, es un hecho admitido por ambas partes y así está probado con el acuerdo visible a folios 99 a 104, que entre Médicos Asociados S.A. y SB Salud Bogotá S.A., se suscribió un contrato de usufructo parcial en virtud del cual la última empresa asumió el uso y goce del establecimiento de comercio denominado Clínica Federmán, al igual que «todas las obligaciones laborales producto de la sustitución patronal», situación que tuvo lugar en el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 1 de julio de 2004, fecha última en que Médicos Asociados S.A. retomó el negocio.

De manera que el citado documento no fue emitido por un sujeto extraño a la relación de trabajo personal, considerada en su real dimensión, sino por quien para esa época tenía la calidad de usufructuaria y empleadora de los trabajadores del establecimiento de comercio Clínica Federmán, de donde habría que concluir que se trata de un documento que goza de pleno valor probatorio, más aún cuando se limita a dejar constancia de un hecho objetivo relacionado con la situación de trabajo del promotor del proceso.

Y si bien es cierto que existe una diferencia de fechas entre los certificados laborales de folios 9 y 10, y el de folio 52, en tanto que los dos primeros indican que la relación de trabajo personal empezó en 1980 y el segundo informa que inició en 1979, al final de cuentas, todos tienen un patrón lógico en común: que cuando menos en el año de 1980, más precisamente, el 31 de diciembre de esa anualidad, el promotor del proceso estaba vinculado al servicio de la empresa accionada.

En cuanto al extremo final, obra a folio 49 escrito a través del cual la CTA Coopsanar, da por terminado el convenio asociativo de trabajo del actor, a partir del 28 de febrero de 2006, en virtud del cual este venía «desempeñando el cargo de Coordinador Intensivista en la Clínica Federmán» (f.º 48).

En este orden de consideraciones, esta fehacientemente probado que el demandante puso a disposición de la demandada, desde el 31 de diciembre de 1980 hasta el 28 de febrero de 2006, su fuerza de trabajo personal, por lo que en virtud de lo consagrado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se presume en su favor, la existencia de un contrato laboral.

Si lo anterior es así, el eje fundamental del análisis consiste en determinar si la empresa demandada derruyó esa presunción, mediante la prueba de que el servicio contratado, en realidad, se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva.

Para ello, hay que tener en cuenta que la relación jurídica que ató a las partes y no se ejecutó bajo un solo modelo contractual, lo que, desde luego, dificulta la tarea. En efecto, en uno de sus tramos, la prestación del servicio se hizo a través de la figura del contratista independiente y, en otro, se redimensionó hacia un esquema de trabajado cooperado, de modo que el devenir del vínculo jurídico tuvo momentos fuertes de inflexión.

Así las cosas, el esclarecimiento de la naturaleza de la relación jurídica que ligó a las partes se realizará por compartimientos, en aras de verificar si en cada uno de ellos el demandado honró su deber de desvirtuar la presunción de existencia de contrato de trabajo que obraba a favor del demandante.

Asimismo, la sentencia CSJ SL1021-2018, bajo similares fundamentos facticos y jurídicos que consideró:

*Aunque el inciso 2 del artículo 2 de la Ley 50 de 1990, intentó modificar tal figuración jurídica, al introducirle una modificación al anterior precepto, según la cual «quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en el ejercicio de una **profesión liberal** o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1 de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada», lo cierto es que fue apartado del ordenamiento, a través de la sentencia de inexequibilidad CC C-665/1998, al estimarse que tal contenido quebrantaba el criterio de igualdad, angular en la estructura constitucional que irradia a la ley del trabajo y que por tanto era inadmisible.*

Esa determinación, no obstante, no implica que en el estudio del caso se desconozcan los propios matices que se presentan cuando se debate un contrato en el que está inmersa una profesión liberal, no para exonerarlos de tal presunción, sino por el contrario para incorporar en su análisis las particularidades que aquellas presentan.

En efecto, si se les denominó profesiones liberales es justamente por la libertad e independencia de que gozan quienes las ejercen y en las que media la autonomía técnica, una organización profesional y una marcada autodeterminación en la forma en la que la tarea se lleva a cabo, que está estrechamente ligada con la propia responsabilidad personal de los sujetos por los actos profesionales y a las que se añade que todas ellas se someten a un código moral profesional que va a guiar su ejercicio, sin que ello implique que se presente la subordinación.

Así puede articularse la idea de profesión liberal como aquella que tiene un contenido estrictamente intelectual, para la que se precisa una titulación, reconocida por el Estado, y amparada en el artículo 26 constitucional, en la que rige la lex artis, entendida como un contenido ético y técnico científico que dirige la labor, la cual tiene especial trascendencia social y que está marcada por la autonomía.

También puede destacarse que tales profesiones se enmarcan bajo la idea de una libertad externa, esto es la que permite su ejercicio, y una libertad interna, que es la que identifica que la persona pueda organizar la manera en la que llevará a cabo su tarea, y aunque es cierto que, en el caso de los odontólogos, tanto la socialización de los servicios de salud, como la salarización de este tipo de profesionales hacen más difícil su estudio, lo cierto es que el mismo no puede escapar a la judicatura, en tanto hacerlo preserva este tipo de relaciones jurídicas especiales y por ello no pueden resolverse bajo la idea genérica de estar ante el mismo prototipo, sino que imponen identificar si existe o no insuficiencia jurídica y probatoria para declarar el contrato de trabajo.

Tanto la ajenidad, como la dependencia van a constituirse en conceptos jurídicos que, en todos los casos de aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, van a requerir de valoración judicial y, en el caso de las profesiones liberales van a servir de indicadores para establecer cuándo es posible que se concrete una relación de trabajo, en una actividad a la que por esencia se le va a dificultar imponer las reglas laborales ante la marcada autonomía intelectual que se requiere, que pueden hacerlas incompatibles con el poder de dirección empresarial.

El examen que de ellas se realice, se insiste, debe atender una rigurosidad que es la que va a permitir tener certeza sobre si, pese a la prestación personal, esta se ejecuta con plena independencia y para ello serán concluyentes, indicadores como los de si el ejercicio de esa profesión libre se hace compatible con otras tareas, si la persona tomó a otros profesionales a sus servicios, cuáles fueron las incidencias de las directrices en la forma en que se ejecutó la tarea contratada, como por ejemplo, en una actividad médica, si esta se limitó en la

escogencia del tipo de medicamentos que debió utilizar o tratamientos a los que acudir, cuáles intervenciones realizar, que van a la par con el propio régimen de responsabilidad, dado que no será igual adscribirselo a la entidad, que a quien lo ejecuta.

El prisma tradicional varía porque, como se anotó, debe tener en cuenta mayores variables cuando se está ante una profesión liberal, como la que aquí se discute y con ella se busca remontar la dificultad de diferenciar el trabajo autónomo del subordinado, lo que tiene clara e importante incidencia en la vida social. Se trata, como ya se dijo al inicio, no de desconocer que opera la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sino de que esta se desvirtúa con mayor intensidad cuando se demuestra estar frente a una profesión liberal, porque ello parte de reconocer que la Constitución económica habilita el ejercicio profesional autónomo, que deriva del principio de pro libertate, que por demás se trasladó al propio contenido de la Ley 100 de 1993, que en sus inicios permitió que los profesionales independientes pudiesen gestionar el derecho fundamental a la salud en algunas de sus facetas, e integrarse a fundaciones o cooperativas para tal fin.

Ahora bien, en este asunto, la determinación del juez plural se fundó en que las probanzas incorporadas al plenario no podían deslindar un contrato de trabajo, pues no podía predicarse la subordinación propia de aquél, sino que, por el contrario, daban cuenta de que los servicios fueron autónomos e independientes, pues el accionante utilizó su propio consultorio e instrumentos.

Cuestiona el censor tal conclusión y edifica los dos errores que plantea en el análisis deficiente de las pruebas que a continuación esta Sala estudia.

El contrato de prestación de servicios que obra de folio 15 a 18, da cuenta que el objeto contratado era la prestación de servicios odontológicos a Docentes del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cesar, para lo cual debía contar con una póliza de responsabilidad civil contractual, póliza de responsabilidad médica y manuales de auditoría sobre sus actuaciones; en la cláusula quinta, que se reprocha valorada con error, se establecen las obligaciones del contratante, entre las que está “d) ejercer supervisión, control y auditoría sobre la prestación de los servicios y la ejecución del presente contrato” y “e) las demás obligaciones derivadas del contrato y de la ley.., sin que de ellas pueda derivarse el establecimiento de una obligación de contrato de trabajo, pues por razón del servicio público de salud, es evidente que la entidad está convocada a tener un control sobre el objeto contratado, es decir bajo estándares de calidad del servicios, que son distintos a los de imponer el acatamiento de las ordenes e instrucciones particulares que le imparta el empleador,

como se define en el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo; incluso de la cláusula cuarta del referido convenio, impone es el cumplimiento de los estándares del Ministerio de Salud sobre prestación del servicio, de los cuales no podía exonerarse el actor, bajo ningún motivo, atendiendo el tipo de servicio prestado y la remuneración de honorarios, no estaba determinada por el simple transcurso del mes, sino bajo la modalidad de facturas que podían ser entregadas en cualquiera de los primeros veinte días calendario, adjuntando los registros individuales de prestación de servicios, no como los requería la Fundación, sino en los términos en que lo exigía el entonces Ministerio de Protección Social, a través de la Resolución 3374 de 2000.

De allí que la supervisión es una exigencia estatal, a todo aquel que se comprometa a realizar actividades en las que esté inmerso el derecho fundamental a la salud, y eso es lo que se extrae de tal documental.

Fue importante para que el Tribunal entendiera desvirtuada la subordinación, el que se tratara de consulta externa, realizada en consultorio privado y con los instrumentos propios del actor, y así aparece documentado a folio 18, en los que incluso se codificaron los distintos servicios a los que se comprometió, de acuerdo con su capacidad instalada, esto es la que derivaba de la organización empresarial de la que ya disponía aquél.

Esto mismo se encuentra incorporado en los contratos que obran de folios 312 a 315, por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2004 y el 31 de diciembre de 2008, y también en los de folios 326 a 342, en los que consta que la sede de prestación de servicio es el «consultorio particular» y que se suscribieron luego de que se certificó el cumplimiento de los «requisitos esenciales para la prestación de servicios de salud» pues recuérdese que es el artículo 193 de la Ley 100 de 1993, el que incorporó la posibilidad de que los profesionales médicos pudieran ser contratados por capitación «con el fin de incentivar la eficiencia y la calidad de la prestación de servicios de salud», que en todo caso debían cumplir con unos estándares básicos para tal efecto.

Así el pago que se realizaba era en modalidad completa, es decir una base de usuarios, que no excedía dos horas diarias, que podían ser las que determinase el odontólogo, el cual podía incluso declinar sobre ellas, con incidencia, únicamente, en el valor de los honorarios, pero no en la terminación del contrato suscrito y además no tenía exclusividad, de allí que pudiera ocuparse de otras actividades en el día.

Si se mira con detenimiento, la supervisión allí prevista, no expresaba un poder de dirección empresarial, sino exclusivamente los estándares mínimos de exigencia de la Superintendencia y del Ministerio, que implantaron un sistema obligatorio de garantía de la calidad y auditoría médica, que venía a incorporarse como lex artis de la labor desempeñada, y que en modo alguno puede constituirse como expresión de subordinación, sino de la coordinación estatal sobre un servicio público fundamental.

El documento denunciado, de folio 32, ni siquiera es dirigido al actor, sino a toda la Red Odontologica de Valledupar, con el objeto de socializar los informes estadísticos de servicio y no es un requerimiento, sino una invitación a una reunión.

A folio 42, si obra un oficio, de 1 de junio de 2004 dirigido al actor, en él se le informa sobre la auditoría de las historias clínicas, en las que se le indican inconsistencias en las mismas y en la lectura de los exámenes radiológicos, de diagnóstico, plan de tratamiento y evolución, sin que esto pueda constituirse como un elemento demostrativo de relación laboral, pues por el contrario, lo que evidencia es que siendo recursos públicos, su pago por servicio reflejara aquellos que en realidad se prestaron y esto solo podía extraerse de las historias clínicas que, en ese momento, encontró con deficiencias el Auditor, sin que ello implicara amenaza de sanción o de terminación, sino por el contrario allí se expone «se generaliza por ítem pero en algunos casos las fallas son en unas historias clínicas. El objetivo es que se tomen estas irregularidades y mejoren el diligenciamiento de sus historias clínicas», y esto mismo se repite en el documento de folio 45, en el que el Auditor le informa las inconsistencias en los productos contratados y refiere que «presenta un promedio de cumplimiento de citas del 60% y de la auditoría de historias clínicas del 82% dando un resultado óptimo de diligenciamiento», de manera que simplemente informa lo que sucede, pero no adopta ninguna actuación de la que se derive poder subordinante, como parece entenderlo el censor y así también se expresa en la documental de folio 62.

El oficio de folio 111 también es el resultado de una auditoría, con no conformidades, en el que se le solicita un plan de mejoramiento con acciones correctivas, que no puede ser entendido como una potestad subordinante, sino resultado de la aplicación de estándar estatal sobre las historias clínicas.

La misiva de folio 71 no está dirigida al actor, sino de forma genérica a los odontólogos adscritos a la red de Valledupar y se convoca a una reunión para «tratar asuntos de suma importancia en cuanto al manejo científico y humano que se le está dando al usuario», y lo mismo puede decirse del folio 79, que no está dirigida al actor, y ni siquiera aparece recibida por él, e igual prédica cabe del folio 90 y 115.

El documento de folio 89, trata sobre el cumplimiento tope de citas odontológicas, está dirigido al accionante, y se le informan el número de pacientes que se le remitiría en el mes de octubre de acuerdo con el máximo diario de 3 horas que para la fecha tenía, y el de folio 126 refiere una cantidad mínima de actividades de promoción y prevención, que están determinadas, no por criterio de la fundación sino de las «matrices del programa del Magisterio para el 2006».

Tales probanzas son significativas en cuanto evidencian la autonomía profesional y técnica del accionante, el cual disponía de la distribución de su tiempo, de su propio consultorio particular, actuaba con plena autonomía profesional, únicamente enmarcada en políticas de salud obligatorias y no en la imposición de los estándares de la Fundación y además, bien podía utilizar otros recursos y profesionales para el cumplimiento de la labor contratada; ni siquiera podía estimarse que tuviese un horario, por el contrario podía definir los tiempos de atención y el número de pacientes a atender, y los correctivos que se solicitaron estaban estrechamente ligados con los productos convenidos, sin que, su deficiencia, fuera motivo de sanción o amenaza, sino que se enmarcó en el plan de auditoría sobre servicios de salud de los docentes.

Esa caracterización evidencia que no pudo el Tribunal cometer los errores endilgados, pues aunque existía la presunción laboral, no la encontró corroborada en el trámite procesal y, por el contrario, advirtió, con certeza, que la profesión liberal de odontólogo, no mutó a la laboral, de allí que al no haberse configurado algún equívoco tampoco sea viable el estudio de los testimonios por no ser prueba calificada y porque, se insiste, no se hallaron razones para el quiebre de la sentencia, permaneciendo esta inalterable.

Se encuentran igualmente en el mismo sentido del antes expuesto, las sentencias CSJ SL4652-2020, CSJ SL1389-2020, la última referida apuntó:

Al respecto, la Sala ha indicado que el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades. Pero que, no obstante, en este tipo de contratación no está vedada la generación de directrices, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios de entregas, se relacione el tipo de mercancía, se enlisten los clientes, se manejen planillas de entrega e incluso, se establezcan medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo.

Bajo este entendido, no es factible considerar, como lo afirma el accionante, que el despacho de la mercancía y la asignación de las rutas de entrega a los clientes corresponda a un elemento de dependencia o subordinación en los términos del artículo 23 del CST, pues estas acciones son de naturaleza distinta, con las que se buscaba un control en los tiempos de entrega, las cantidades requeridas y por supuesto del recibido de las mismas. De ahí, que puedan comprenderse las referencias que hizo la demandada en relación con el contacto entre el transportador y la jefe de despachos (Virma Cuéllar) e incluso que tuviera que llegar en un horario determinado para recoger el producto.

Debe tenerse en cuenta que no toda coordinación en la organización de un servicio puede ser considerada una prueba de la continuada dependencia o subordinación respecto de quien se predica empleador, pues en eventos como el presente, lo que se advierte es la existencia de pautas de organización de una compañía para lograr el objetivo propuesto como lo es la entrega efectiva de las mercancías a sus clientes.

*La anterior conclusión toma relevancia en este caso, dado que pone en entredicho el elemento *intuito personae* característico de los contratos de trabajo, pues, la labor no era ejercida únicamente por el actor, sino que contaba con la colaboración de su propio personal, que él mismo contrataba, le pagaba su salario y seguridad social, conclusión fáctica que no fue cuestionada en casación y que, por lo tanto, sigue soportando la sentencia.*

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL6621-2017, señaló:

*Queda entonces claro que el elemento *intuito personae* que caracteriza a los contratos de trabajo, en virtud del cual la identidad del sujeto encargado de la prestación del servicio es fundamental, se rompe al acordarse y verificar la posibilidad real de satisfacer el servicio a través de terceros.*

En consecuencia, la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desconoció abiertamente la jurisprudencia antes referida sin argumentar por qué se apartaba de ella, por ello debe dejarse sin efecto las sentencias CSJ SL4163-2020 y SL5009-2020 del veintiocho (28) de octubre y nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020).

II. RESPECTO DE LA IMPOSICIÓN AUTOMÁTICA DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

Respecto de la **indemnización moratoria**, debo rememorar que la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias CSJ SL4163-2020 y SL5009-2020 del veintiocho (28) de octubre y nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020), consideró al respecto que:

“Con todo, no podría llegar a concluirse que el juzgador de la alzada hubiese cometido un desatino fáctico de carácter manifiesto u ostensible, en tanto el estudio del material probatorio obrante en el expediente, se atuvo al parámetro que impone el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo. No se advierte un ejercicio inapropiado de la libertad de valoración probatoria del que están investidos los falladores en las instancias, tal cual lo ha reiterado la Corte en innumerables oportunidades, recientemente en el fallo CSJ SL3824-2020”.

En consecuencia, avala la decisión objeto del recurso extraordinario de casación, esta es, la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, quien consideró frente a la indemnización moratoria consideró:

“Como quiera que con el sistema de contratación que utilizó la demandada, contrato de prestación de servicios de carácter independiente, se buscaba desconocer los derechos laborales que prohíjan al demandante, denotando con ello mala fe de la demandada en la contratación de los servicios personales del actor configurándose los presupuestos del artículo sesenta y cinco (65) del Código Sustantivo del Trabajo, se condenará a pagar a título de indemnización moratoria un día de salario equivalente a la suma de ciento cuatro mil seiscientos tres pesos (\$104.603,00) por cada día de mora en el pago de las prestaciones sociales objeto de condena de a partir del 30 de abril del 2016 fecha de terminación del contrato que existió entre las partes y hasta cuando se verifique su correspondiente pago”

En consecuencia, el Tribunal para imponer la condena de la indemnización moratoria se fundó con la existencia de la suscripción de los contratos de prestación de servicios para imponer la sanción, decisión que avaló la Sala Tercera de Descongestión No. 3 de la Corte Suprema de Justicia, como se expuso en precedencia, lo que contraría la extensa jurisprudencia que al respecto ha desarrollado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ciertamente, conforme al artículo 65 del referido estatuto del trabajo, si a la finalización del vínculo laboral quedan saldos pendientes por concepto de salarios y prestaciones, el empleador deberá cancelar al empleado un día de salario por cada día de mora hasta que se verifique el pago de la obligación.

Sobre dicha sanción, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica y reiterada ha adoctrinado que esta no opera automáticamente porque, en cada caso en particular, es necesario determinar si la conducta del empleador estuvo revestida de razones atendibles que justifiquen su proceder (CSJ SL 39186, 8 may. 2012, CSJ SL665-2013, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL6621-2017, CSJ SL 2478-2018, CSJ5291-2018).

En esa dirección, la buena fe implica que las actuaciones del empleador deben ajustarse a los valores de la honestidad, la transparencia y la lealtad frente a su trabajador, y su valoración no es subjetiva, toda vez que lo que se analiza es la expresión de conductas basadas en situaciones verificables, en relación con la forma en que da cumplimiento o se aparta de las disposiciones jurídicas aplicables.

Aunque lo anterior resulta suficiente para desestimar el cargo, conviene memorar, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la imposición de la indemnización moratoria no depende de la negación que se haga del contrato de trabajo, ni tampoco de la declaratoria de la existencia de la relación laboral a la luz del artículo 24 del CST, en armonía con el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud de que en ambas situaciones, se requiere del examen de la conducta o proceder del empleador, conforme el haz probatorio, para lo cual se debe tener en cuenta las circunstancias que rodearon el desarrollo del vínculo. Así lo explicó en sentencia CSJ-SL11436-2016, al puntualizar:

Planteadas así las cosas, la Corte entrará a determinar si el juzgador de alzada se equivocó, al concluir que la mera declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo realidad y el no pago o consignación de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, por si solo hace presumir la mala fe del empleador demandado, y resulta suficiente para condenar a la indemnización moratoria a la terminación del vínculo contractual, además que en decir del Tribunal el ISS no acreditó en el plenario la buena fe para desvirtuar la citada presunción y exonerarse de esa sanción.

Pues bien, en torno a este punto, esta Sala en sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39186, reiteró que la absolución de la indemnización moratoria cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo, no depende del desconocimiento del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los

respectivos contratos. Ni la condena de esta sanción pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia. Lo anterior porque en ambos casos, se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo, a fin de poder definir si la postura de éste resulta o no fundada, y su proceder de buena o mala fe.(El resaltado es del texto)

En efecto, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, sólo procede si el empleador demandado no demuestra razones satisfactorias y justificativas de su conducta, por manera que debe examinarse el comportamiento asumido por dicho empleador incumplido en el pago de salarios y prestaciones sociales, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente «*[...] en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables*» (Sentencia CSJ SL12547-2017).

Así mismo, se ha dicho que la buena o mala fe no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley, pues, en cualquier caso, es indispensable la verificación de «*[...]otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción*

Dicho ejercicio probatorio no lo realizó la Sala Tercera Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias CSJ SL4163-2020 y SL5009-2020 del veintiocho (28) de octubre y nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020), así como tampoco la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, las que están en contra del criterio de la Sala Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia como de explicó en precedencia, pues únicamente analizó el contenido de los contratos de prestación de servicio fundamento de la vinculación civil con el señor Barbosa Silva y la aquí accionante.

III. FRENTE AL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En efecto, con relación al desconocimiento del precedente judicial como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario indicar que conforme a lo establecido en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia tiene el deber de unificar la jurisprudencia.

Se hace necesario rememorar que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses. Transcurridos veinticuatro (24) meses, contados desde la fecha de terminación del contrato, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando se verifique el pago.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016).

La Corte Constitucional, ha definido el precedente judicial como *«la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo»*¹.

De otro lado, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el que consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares².

Lo expuesto, no significa el desconocimiento de la autonomía judicial, sino la obligatoriedad por parte de los jueces de reconocer el precedente y a su vez explicar las razones que dan lugar para apartarse del mismo³, sin que ello implique una limitación para que el juez constitucional pueda intervenir en el caso de encontrar una trasgresión a los derechos fundamentales, con ocasión de la inaplicación del precedente jurisprudencial.

Ahora bien, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto, mediante sentencia proferida el día veintiséis (26) abril de dos mil dieciocho (2018) resolvió REVOCAR el fallo de primer grado y en lo que nos interesa a la presente acción de tutela: declaró que Jhony

¹ Ver sentencia (SU-053-2015)

² Ver sentencia (T-460-2016)

³ Ver sentencia (C-621-2015).

Alejandro Barbosa Silva para el año 2016, tenía un salario de \$3.138.100, cuando el salario mínimo estaba determinado en \$689.455 y condenó a la Organización Globaldent S.A.S al reconocimiento y pago de la INDEMNIZACIÓN MORATORIA establecida en el artículo 65 del CST en “**la suma de \$104.603 diarios, por cada día de mora, en el pago de las prestaciones sociales, objeto de condena a partir del 30 de 2016 y hasta cuando se verifique su pago**”, decisión que fue avalada por la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias CSJ SL4163-2020 y SL5009-2020 del veintiocho (28) de octubre y nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020), consideró al respecto que:

“Con todo, no podría llegar a concluirse que el juzgador de la alzada hubiese cometido un desatino fáctico de carácter manifiesto u ostensible, en tanto el estudio del material probatorio obrante en el expediente, se atuvo al parámetro que impone el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo. No se advierte un ejercicio inapropiado de la libertad de valoración probatoria del que están investidos los falladores en las instancias, tal cual lo ha reiterado la Corte en innumerables oportunidades, recientemente en el fallo CSJ SL3824-2020”.

Ahora bien, se observa que las autoridades censuradas efectivamente aplicaron de forma indebida el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que omitió la regla establecida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, en tanto que pese a que verificó que el salario del señor Jhony Alejandro Barbosa Silva era superior al mínimo, vital y móvil, lo cierto es que concluyó que el señor Barbosa Silva le asistía el derecho al pago de la indemnización moratoria hasta cuando se verifique su pago.

En consecuencia, tal interpretación desconoce abiertamente los precedentes reiterados que la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, tiene **desde el año 2010** frente al tema de la indemnización por falta de pago, pues al respecto la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento CSJ STL 6 de may. de 2010, rad. 36577, reiterado por sentencia CSJ STL4454-2013 y los recientes CSJ SL3936-2018 y CSJ STL6494-2019 indicó:

En este caso es un hecho no discutido que la relación laboral de la demandante terminó el 31 de diciembre de 2003, de tal suerte que, como lo afirma la censura, para ese momento ya se encontraba rigiendo el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que introdujo una modificación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Según aquella norma, luego de que fuera parcialmente declarada inexistente por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-781 del 30 de septiembre de 2003, que retiró del ordenamiento jurídico las expresiones “o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial”,

la indemnización por falta de pago, en lo que aquí interesa, quedó regulada de la siguiente manera:

<Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique>.

La anterior disposición, según el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.

No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fencimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre

asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico.

Por ello, es palmaria la transgresión de los derechos fundamentales invocados por la sociedad accionante por parte de la Sala de Descongestión No. 3 de la Corte Suprema de Justicia, así como Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en tanto que se insiste que en el caso analizado en precedencia lo procedente era haber condenado al pago del último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses y a partir del mes 25, el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, ello se encuentra respaldado además en las sentencias de tutela donde se amparó el derecho fundamental al debido proceso en los términos referidos, en las sentencias CSJ SL1315-2017, CSJ SL5913-2020, CSJ SL6494-2019, CSJ SL6936-2015, CSJ SL8707-2020, CSJ SL17159-2014, CSJ y STP2239-2020.

IV. FRENTE AL DERECHO A LA IGUALDAD VULNERADO POR LA SALA DE DESCONGESTIÓN NO. 3 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

De acuerdo al artículo 13 del texto constitucional. En su desarrollo la sentencia T 230 de 1994 es importante al considerarse una sentencia hito que fundó las bases para determinar el derecho a igualdad en todas sus vertientes.

Ciertamente, el principio de igualdad incluye la obligación objetiva de trato semejante por parte de las autoridades públicas, así como el derecho subjetivo a ser tratado igual. El logro de una igualdad efectiva se deriva incluso de los derechos inherentes a las personas y no solo de consagraciones normativas.

La igualdad es un principio relacional en el que intervienen por lo menos dos elementos: las situaciones de hecho que se comparan y el criterio de comparación o “patrón de igualdad.” Las dificultades de interpretación pueden surgir del aspecto fáctico o del aspecto valorativo. En la primera, se presenta un problema que debe ser resuelto con base en elementos probatorios empíricos. En la segunda, el problema es de tipo normativo y debe ser solucionado a partir de algún método de interpretación que le proporcione sentido a los enunciados, para relacionarlos axiológicamente. La legislación laboral pretende, por medio de la protección del trabajador, evitar que la igualdad formal se convierta en una justificación de la desigualdad real existente. Recientemente, en la sentencia C-250/12 la Corte Constitucional determinó, dentro del principio de igualdad, los mandatos que comprende, y que obligan a un trato igualitario o diferenciado –pero justificado– los cuales giran en torno a un mandato: a) de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, b) de trato diferenciado a destinatarios en situaciones no comunes, c) de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones son más similares que diferentes, y d) un mandato de trato más diferenciado que diverso. La transformación del sistema jurídico permite hablar de un “patrón de igualdad” que comprende la norma positiva sujeta en una categoría superior como es la Carta Política (sentencias C-530/93, T-230/94, y C-022 de 1996). Por ello, en varias sentencias (Sentencias como la C 863/08, C 040/02, C 095/03, C 900/03, C 103/05 y C 1005/05) consideró la Corte Constitucional que el derecho a la igualdad tiene un núcleo fundamental no afectable por el legislador, que puede establecer excepciones a la segunda instancia cuando no se respeta el derecho fundamental.

La sentencia T 432/95, que partiendo del análisis sobre la prestación igualitaria de los servicios públicos domiciliarios, desarrolló las características del principio de igualdad en sentido objetivo y no formal, porque con él se predica la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales, y además, porque no se puede utilizar el mismo rasero al estudiar la afectación a la igualdad, ya que no se aplica siempre de la misma forma y con el mismo rigor por haber materias diferentes. También esboza, tempranamente, los elementos del test de razonabilidad y su relación con la equidad y enumera los cinco (5) requisitos, invocados de la doctrina constitucional internacional, para que se apruebe un trato diferenciado “superando así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta”: 1. Diferencia de los supuestos de hecho. 2. Presencia de sentido normativo (fin o valor) de la diferencia de trato. 3. Validez constitucional del sentido (fin) propuesto 4. Eficacia de la relación entre hechos, norma y fin. 5. Proporcionalidad de la relación de eficacia. Solo si se cumplen estas exigencias, se puede hablar de una razón que justifique un trato diferente⁶ que afecte la igualdad entre iguales.

La aplicación del “test de razonabilidad” tiene la ventaja de mostrar la complejidad del juicio interpretativo que realiza el juez constitucional, al separar elementos que usualmente quedan fundidos en una visión general del caso. Sin embargo, anota nuestra jurisprudencia constitucional, a esta perspectiva de cinco requisitos, le falta unidad ya que se reduce a un análisis puramente lógico y mecánico que desconoce el verdadero problema de la ponderación, es decir, la interpretación razonable ya que la idea de “proporcionalidad” se predica de las relaciones entre objetos cuantificables, pero la idea de “adecuación” es más circunstancial, lo que la acerca más al análisis axiológico.

Respecto del principio de igualdad en providencias judiciales en sentencia SU072-2018, la Corte Constitucional consideró:

(i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, que depende del carácter general y abstracto de las normas dictadas por el Congreso de la República y de su aplicación impersonal; (ii) la prohibición de discriminación, que torna ilegítimo cualquier acto (no solo las leyes) que conlleve una distinción basada en motivos prohibidos por la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la proscripción de distinciones irrazonables; y (iii) la igualdad material que impone la adopción de medidas afirmativas para garantizar la igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.

[...]

La igualdad es valor, principio y derecho fundamental, connotaciones que se deducen de su inclusión en diferentes normas, con objetivos distintos. Como valor está previsto en el preámbulo, como principio en los artículos 19, 42, 53, 70 y 75 y como derecho fundamental en el artículo 13 de la Constitución.

[...]

La Corte ha explicado que la seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”.

[...]

La jurisprudencia ha definido diferentes instrumentos: (i) la Constitución establece que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley”; (ii) la ley contempla criterios de interpretación para resolver las tensiones al comprender y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución determinó la existencia de órganos judiciales que tienen entre sus competencias “la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico”; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, “tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad”; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102).

Como si no fuera suficiente lo expuesto la Sala de Descongestión No. 3 de la Corte Suprema de Justicia vulneró flagrantemente el derecho a la igualdad, cuando en un caso con idénticas situaciones fácticas como el que nos entretiene resolvió de forma tangencialmente diferente.

Es así, como el veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021), la Sala Laboral de Descongestión No. 3 de la Corte Suprema de Justicia, con magistrado ponente Jorge Prada Sánchez profirió sentencia de casación dentro del proceso ordinario que inició Liliana Cuellar Piñeros contra la Organización Globaldent S.A.S., Raquel Angélica Parada Caballero y Juan Pablo Moreno Rojas.

Dicha sentencia de casación no casó el fallo de segunda instancia que confirmó la decisión de primer grado que había absuelto a los demandados de las pretensiones de la demanda por no encontrar acreditada el contrato de trabajo alegado por Liliana Cuellar Piñeros

Ante el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C. Liliana Cuellar Piñeros inició proceso ordinario laboral contra la Organización Globaldent S.A.S., Raquel Angélica Parada Caballero y Juan Pablo Moreno Rojas, para que se declarara que entre la sociedad y la actora existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo por objeto realizar actividades profesionales de ortodoncia, ejecutado entre el 22 de mayo de 2013 y el 30 de abril de 2016, terminado sin justa causa por el

empleador, y que los accionistas son responsables solidarios de las obligaciones laborales. En consecuencia, pidió fueran condenados al pago de primas de servicios, vacaciones, cesantías y sus intereses; salarios de marzo y abril de 2016, sanciones de que tratan los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo y las costas del proceso.

En dicho proceso, el Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas y condenó en costas a la accionante, decisión que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para lo que consideró que:

[...] Como elementos persuasivos tuvo en cuenta la certificación de la demandada sobre la suscripción del contrato de prestación de servicios, los aportes a seguridad social que sufragaba la actora en calidad de contratista, el certificado de retención en la fuente, las cuentas de cobro, el contrato de prestación de servicios y su otrosí, los correos electrónicos que exhiben la programación de agendas, la comunicación que dio por finalizado el vínculo, la «póliza del profesional médico», la declaración de renta de Cuellar Piñeros, asignación de citas y «lo facturado por la accionante», la relación de los profesionales que reemplazaron a la demandante, los interrogatorios de parte absueltos por el representante legal de la sociedad accionada y la actora, y los testimonios de Dayer Alberto Varón Farfán, Jhony Alejandro Barbosa Silva, María Johana Pérez y Claudia Caballero.

Aludió a las pretensiones y recordó que el Código Sustantivo del Trabajo señala que, acreditada la prestación personal del servicio, se activa a favor del trabajador la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, «ventaja probatoria» que le correspondía desvirtuar a la demandada. Advirtió que las certificaciones, la contestación a la demanda, los interrogatorios de parte, los testimonios de Dayer Alberto Varón Farfán, Jhony Alejandro Barbosa Silva, María Johana Pérez y Claudia Caballero y el recurso de apelación «donde se acepta la conclusión a la que el juez arribó en este punto», mostraron que la accionante prestó servicios de manera personal, y que recibió una remuneración.

En ese orden se ocupó de verificar si la sociedad convocada a juicio desvirtuó la subordinación que de «plano» operó en su contra, como lo dedujo el a quo, para quien la conducta de la compañía se ajustó al contrato de prestación de servicios firmado.

Del interrogatorio del representante legal de la compañía no derivó confesión, en tanto afirmó que «para los hitos temporales incoados en la demanda, entre las partes acaeció fue un vínculo contractual de naturaleza civil». Destacó que los testimonios de Daimer Alberto Barros Farfán, Jhonny Alejandro Barbosa Silva, María Johana Pérez y Claudia Caballero dieron cuenta de que la promotora del juicio «debía llevar siempre consigo los instrumentos, elementos propios de su especialización para la ejecución de sus funciones como profesional especializada en ortodoncia, sin los cuales no podía haber ejercitado su labor». Agregó que los dos últimos deponentes coincidieron en manifestar que la asignación de turnos en las agendas de trabajo eran flexibles, pues «permítia el reemplazo de otro profesional, según la disponibilidad del tiempo de la demandante».

Destacó que en la declaración de parte, la actora confesó que su obligación como odontóloga «era la de llevar el instrumental específico para su labor como especializada en ortodoncia», conforme con la cláusula octava del contrato de prestación de servicios, del siguiente tenor: «“dotación de pieza, deberá cada profesional llevar a la clínica donde trabaja, la pieza de baja alta y contra ángulo e instrumental de ortodoncia que sea necesario para la atención del paciente que se requiere”».

De las planillas de asignación de turnos o programación de agenda y del certificado de aportes a la seguridad social integral efectuados por la accionante entre 2013 y 2015, extrajo que ejecutó las funciones contratadas por prestación de servicios. Lo anterior, aunado a la falta de exigencia de un «horario rígido», lo llevó a colegir que Liliana Cuellar desarrolló las actividades bajo «su propia experticia y sin sujeción a los reglamentos de la entidad», salvo lo relacionado con el código de ética que rige el ejercicio de la odontología en la institución prestadora de servicios de salud oral, «frente a las autoridades externas».

Estimó que de acuerdo con lo informado por los testigos, las agendas de trabajo y el número de pacientes que debía atender la actora eran asignados «previa consulta de disponibilidad de tiempo»; que si no podía cumplir un turno, solo debía dar aviso con el fin de reprogramar las citas y designar su reemplazo, sin que ello le acarreara alguna consecuencia; que como la accionante llevaba consigo el instrumental, lo único que realizaba la demandada era un control de bioseguridad para la higiene y seguridad de los pacientes de la clínica.

Concluyó que entre las partes no existió un vínculo de trabajo subordinado pues la manera en que se ejecutó el contrato, desnaturalizó de plano, ese «poder jurídico con el que cuenta el empleador para impartir protocolos, objetivos y fines esenciales de la empresa».

Esto, toda vez que las directrices de la demandada no tuvieron el alcance de generar una relación de dependencia, sino propendieron por el cumplimiento óptimo del convenio suscrito, además, «porque durante la vigencia del contrato la demandante tuvo la oportunidad de ingresar y retirarse de la entidad a su arbitrio sin que ello le generara consecuencias adversas».

La Sala Laboral de Descongestión No. 3 de la Corte Suprema de Justicia, con magistrado ponente Jorge Prada Sánchez, el veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021), NO CASO la sentencia del Tribunal antes expuesta, al considerar que:

Al romper se observa la equivocación de la impugnante, en tanto a lo largo de su escrito, señala que el ad quem no presumió el contrato de trabajo. Tampoco, es cierto que construyera la decisión únicamente sobre el documento contentivo del contrato de prestación de servicios, como lo deja ver la sinopsis de la sentencia gravada; no empece, se procede a constatar si en el ejercicio ponderativo de las pruebas, medió error evidente de hecho.

La certificación de 1 de septiembre de 2014, emitida por el departamento de nómina de Globaldent S.A.S, informa sobre el contrato de prestación de servicios suscrito con Liliana Cuellar Piñeros, por cuya virtud se desempeñó como ortodoncista, con ingresos mensuales promedio de \$7.500.000.

De tal documento solo se desprende la prestación personal del servicio de la actora; empero, ese supuesto fáctico no formó parte de la controversia pues, dicha realidad, propició que el ad quem activara la presunción que contiene el artículo 24 del estatuto laboral. En el memorando 385 de 5 de septiembre de 2013, dirigido a los «AUXILIARES DE SERVICIO AL CLIENTE Y PROFESIONALES» de la organización Globaldent S.A.S., el revisor fiscal de la compañía solicita tomar las precauciones necesarias para que las «facturas rosadas» no se extravíen, «ya que esta copia es el único documento válido para el pago de su cuenta de cobro»; con ello, la encausada buscó dar claridad sobre el trámite administrativo relacionado con la radicación y pago de facturas.

Esto, no puede entenderse como una orden o el ejercicio del poder subordinante. El correo electrónico de 9 de octubre de 2013, enviado por la gerente zonal a

varios destinatarios, entre ellos la demandante, tiene el siguiente contenido:

HORARIO DE AGENDAS VENEC 1

DRES BUENAS TARDES, LES QUIERO RECORDAR QUE SEGÚN EL MEMORANDO DEL 31 DE JULIO DE 2013 DE GERENCIA GENERAL COMUNICA QUE LAS AGENDAS VAN HASTA LAS 7:00 P.M. Y SE HACE CIERRE DE SEDE A LAS 7:30 P.M., ESTE MEMORANDO ES DE SU CONOCIMIENTO Y ASÍ SE HA VENIDO PROGRAMANDO PACIENTES, ENTONCES DE ESTA MANERA SI TIENEN ALGÚN COMENTARIO O INCONFORMIDAD CON ESTE HORARIO DEBEN REMITIRSE A LA DIRECTORA ADMISTRATIVA SRA AIDE, Y SI ELLA ME DA A CONOCER CAMBIOS EN ESTA DECISIÓN SE TOMARÁN, MIENTRAS TANTO SEGUIMOS LA INDICACIÓN DEL MEMORANDO.

Si bien, en la misiva se reiteran los horarios de atención en la sede Venecia, informados a los profesionales en comunicación anterior, también se les invita a expresar sus requerimientos a la directora para, de ser el caso, proceder a algún cambio. Por tal razón, resulta admisible la deducción del colegiado, sobre la flexibilidad de los horarios de atención a los pacientes.

Lo expresado por la demandada a la actora y a otros profesionales de la salud oral, en el memorando de 5 de julio de 2014, acerca de una adecuada comunicación con los pacientes que rehusaran los procedimientos indicados por los ortodoncistas, en particular, las consecuencias que podría generar la continuidad de los tratamientos sobre dientes, tejidos, tiempo y costos, constituyen pautas en perspectiva de una adecuada prestación del servicio, así como prevenir inconvenientes con los usuarios por falta de información clara y suficiente sobre los planes odontológicos.

Mediante correo electrónico de 5 de mayo de 2016, Liliana Cuellar Piñeros indagó a la «oficina central» si había recibido la cuenta de cobro de abril de 2016, remitida con su compañera Milena Olarte el día anterior, «ya que el (...) 2 de mayo en las horas de la mañana recibí una llamada del Dr. Juan Pablo indicándome que me cancelaban mi contrato en forma unilateral por parte de ustedes y no era posible acercarme a la clínica de Venecia para hacer la respectiva entrega». A juicio de la Sala, a lo sumo, tal documento solo pone de manifiesto la inconformidad de la demandante por la terminación del contrato de prestación

Para la recurrente las cuentas de cobro de marzo y abril de 2015, demuestran que fue dependiente de la compañía, en tanto se trató de una imposición de la accionada. En realidad, el membrete de Globaldent S.A.S. que aparece en esos documentos, no devela una exigencia de la demandada, en ejercicio del supuesto poder de mando sobre la actora, en la medida en que solo contienen los datos personales de la actora, el mes y monto adeudado.

Lo mismo se deduce del formato anexo de cuentas de cobro, que tiene ítems como el nombre del paciente, la fecha, el procedimiento y valor, lo que se entiende como el soporte de los cobros.

El comunicado de 19 de septiembre de 2014, que no de 15 de septiembre, como lo afirma la censura, expedido por el área administrativa y dirigido a los gerentes de zona y profesionales, contiene directrices sobre el trato a los pacientes; recaba en la necesidad de que estos usen gafas, la toma de fotografías y costos de controles y tratamientos, lo cual refleja una gestión de coordinación de la actividad desarrollada por la empresa.

A esta altura del análisis, se precisa insistir en que el juzgador de la alzada dio por probada la prestación personal del servicio y la retribución pues, como se anotó en precedencia, fueron hechos certificados por la propia demandada. Por tal razón, las conclusiones del Tribunal no se afectan por la aceptación de tal supuesto fáctico en la respuesta a la demanda.

Finalmente, ninguna confesión del representante legal de la accionada, se desprende de que, de cara a la pregunta de si el contrato de prestación de servicios fue «discutido entre las partes», expresara que: «siempre el contrato se les presenta para que lo revisen, lo lleven y lo firmen»; luego, informó las razones y la fecha en que terminó el contrato; por lo demás, no suministró detalles de la relación con la actora.

La falta de demostración de un error protuberante sobre las pruebas calificadas, impide a la Corte adentrarse en los testimonios, por no ser prueba hábil en esta sede.

Disquisiciones en torno a la responsabilidad de los accionistas, la impertinencia de incluir una cláusula compromisoria en un contrato de prestación de servicios y que siempre se ciñó a las tarifas fijadas por la demandada, no lucen suficientes para la anulación del fallo; menos, si se observa que la censura deja libre de ataque sus principales pilares, consistentes en que aquella portaba el

instrumental para los tratamientos de ortodoncia que realizaba, en cumplimiento de lo acordado en el contrato, mientras que la enjuiciada solo les hacía un control de bioseguridad; que las citas y el número de pacientes se agendaban conforme a la disponibilidad de tiempo que tuviera la profesional, con la posibilidad de que fueran atendidos por otro ortodoncista, en caso de que a la actora se le presentara algún inconveniente, sin que ello acarreara consecuencias.

De lo que viene de exponerse, la Sala concluye que el pronunciamiento que puso fin a la segunda instancia, fue razonable y meridianamente ceñido a lo que los medios de prueba recaudados exhiben como verdad, por manera que no puede colegirse que su autor hubiera transgredido el margen de libertad que, en materia de valoración probatoria, concede el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo.

Ciertamente analiza las mismas pruebas puestas en consideración en la sentencia cuestionada en la presente acción de tutela, sin embargo, su decisión es tangencialmente diferente, sin justificación alguna, por lo que la Sala Laboral No. 3 de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, vulneró mi derecho a la igualdad, pues frente a iguales casos en sus fundamentos fácticos y jurídicos tomó decisiones contrarias.

Se evidencia entonces, que bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos tomó decisiones diferentes, donde en la sentencia cuestionada en acción de tutela no se ordenó casar el fallo que abiertamente contraría el precedente judicial y en el proceso antes referido, no caso la sentencia del Tribunal de Bogotá que había negado las pretensiones de la demanda.

c. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

El defecto por violación directa de la constitución se presenta, entre otros, cuando la providencia judicial incurre en la violación de un derecho constitucional de aplicación inmediata.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T- 209 de 2015:

“En cuanto al defecto de violación directa de la Constitución, la jurisprudencia ha considerado que puede no ser una burda trasgresión de la Carta, pero sí se presenta por decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

Este defecto se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta Política, según el cual “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

*La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y actos administrativos por violación directa de la Constitución, en principio fue considerada como un defecto sustantivo. Posteriormente, la **Sentencia T- 949 de 2003** la incluyó como una causal de procedibilidad de la acción de tutela de carácter independiente y autónomo. Esta interpretación se consolidó en la **Sentencia C-590 de 2005**, en la que la Corte al estudiar una acción pública de inconstitucionalidad contra la disposición del Código de Procedimiento Penal, que aparentemente proscribía la acción de tutela contra fallos dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluyó definitivamente la violación directa de la Constitución como un defecto autónomo que justifica la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Este tribunal constitucional sostuvo que: “(...) la violación directa de la Constitución opera en dos circunstancias: uno (i), cuando se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, dos (ii), al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución”.*

La jurisprudencia constitucional también ha sostenido que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución cuando:

*“(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y **(c) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales** y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En el segundo caso, el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4 de la C.P, la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad”*

En conclusión, la superioridad de la Constitución, la aplicación directa de algunos mandatos y prohibiciones vinculan a funcionarios administrativos aunque se trate de empleados de entidades particulares. Por eso es posible que una decisión pueda discutirse en sede de tutela cuando desconozca o aplique indebida e irrazonablemente tales postulados.”

En el presente caso, la sentencia objeto de reproche desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, y a la igualdad ante la ley porque como consecuencia de la inaplicación del precedente judicial respecto de la declaración del contrato de trabajo, la no imposición automática de la indemnización moratoria y su cuantificación.

JURAMENTO

Declaro bajo la gravedad del juramento que la ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S. no ha interpuesto una acción de tutela por los mismos hechos y pretensiones.

ANEXOS

- 1.** Les solicito oficiar a la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia o a la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá remitiera a su despacho proceso ordinario laboral instaurado por JHONY ALEJANDRO BARBOSA SILVA contra la ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S. y sus accionistas RAQUEL ANGÉLICA PARADA CABALLERO y JUAN PABLO ROJAS MORENO, radicado con el número 11001310501420160026401.
- 2.** Demanda ordinaria laboral instaurada por JHONY ALEJANDRO BARBOSA SILVA contra la ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S. y sus accionistas RAQUEL ANGÉLICA PARADA CABALLERO y JUAN PABLO ROJAS MORENO, radicado con el número 11001310501420160026401.
- 3.** Les solicito oficiar a la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá y/o al Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá para que remitan las Actas de las audiencias contentivas de las sentencias de primera y segunda instancia dentro del proceso que JHONY ALEJANDRO BARBOSA SILVA le promovió a la ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S. y sus accionistas RAQUEL ANGÉLICA PARADA CABALLERO y JUAN PABLO ROJAS MORENO, radicados con el número 11001310501420160026400 y 11001310501420160026401.
- 4.** Las sentencias son las CSJ SL4163-2020 y SL5009-2020 del veintiocho (28) de octubre y nueve (9) diciembre de dos mil veinte (2020), respectivamente proferidas por la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no puede ser cuestionada por ningún medio judicial, a excepción de la Acción de Tutela.
- 5.** Poder debidamente Suscrito.
- 6.** Certificado de existencia y representación legal de ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S.
- 7.** La sentencia SL554-2021 de Liliana Cuellar Piñeros contra la Organización Globaldent S.A.S., Raquel Angélica Parada Caballero y Juan Pablo Rojas Moreno.

NOTIFICACIONES

La ACCIONADA **SALA DE DESCONGESTIÓN LABORAL No. 3 DE LA CORTE SUPREMA** las recibirá en la Calle 73 No. 10-83, Torre D, del Centro Comercial Avenida Chile de Bogotá y/o en el correo electrónico seclabdes@cortesuprema.ramajudicial.gov.co.

La ACCIONADA **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** las recibirá en la Calle 24 A # 53 – 28 (Avenida la Esperanza) de Bogotá y/o en el correo electrónico secsltribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

La ACCIONANTE **ORGANIZACIÓN GLOBALDENT S.A.S.** las recibirá en la Vía Chía - Cajicá, Km 1.5, Sector Tres Esquinas, Av. Los Zipas, Troncal Cataluña, Edificio Conex, Piso 6, Oficina 605B y/o en el correo electrónico organizacionglobaldentcolombia@gmail.com.

EL **APODERADO JUDICIAL** DE LA PARTE ACCIONANTE las recibirá en la Carrera 37 A # 25 – 52 de Bogotá y/o en los correos electrónicos: cesar.gonzalez@lsc.com.co o notificacioneslaborsolutionsas@gmail.com.

Los Vinculados como terceros interesados:

JUZGADO CATORCE (14) LABORAL DEL CIRCUITO las recibirá en la Calle 14 # 7 – 36 o 53 Edificio Nemqueteba Piso 21 de Bogotá y/o en el correo electrónico: jlato14@cendoj.ramajudicial.gov.co.

JHONY ALEJANDRO BARBOSA SILVA las recibirá en la Calle 3 A # 74 – 05 de Bogotá y/o en el correo electrónico jhonnybarbosa@hotmail.com.

De los señores Magistrados, Atentamente,



CÉSAR HUMBERTO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

CC No 80.039.849 de Bogotá
TP No 151.867 del CS de la J
Celular: (+57) 3118868821.