

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego

Radicación No. 35822

Acta No. 41

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010)

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los apoderados judiciales de ambas partes, contra la sentencia que profirió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 30 de noviembre de 2007, en el Proceso Ordinario Laboral que DANIEL CHEYNE NOVOA promovió a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CAFAM.

ANTECEDENTES

DANIEL CHEYNE NOVOA demandó a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM, para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, se declare, en resumen, que los servicios personales que prestó a la demandada, desde el 15 de septiembre de 1973 hasta el 17 de diciembre de 2002, “estuvieron amparados por un contrato de trabajo realidad en la modalidad a termino (sic) indefinido”, terminado unilateralmente por la accionada, sin que fuera afiliado a la seguridad social en alguna de sus coberturas, ni le pagaran prestaciones sociales. Impetró condenas a título de cesantías, primas de servicio, intereses sobre las cesantías, indemnizaciones por despido y moratoria, pensión de jubilación desde el 18 de diciembre de 2002 (Ley 100/93; art. 5º, lit. b), Dto. 813/94), con intereses moratorios, e indexación.

Los extensos fundamentos fácticos que expuso, se pueden compendiar así: la firma Ampex Pan Americam Co., de la que fue representante legal, resultó ganadora de la convocatoria para la adquisición de equipos de televisión, en 1972, y como el Colegio de CAFAM no contaba con personal preparado para impartir enseñanza en ese tema, vinculó al accionante para que prestara sus servicios personales, comenzando por la asesoría para la construcción de la infraestructura física requerida, así como lo relacionado con el audio, la iluminación y demás requerimientos técnicos que implica una obra de esa naturaleza. Que a partir del 15 de septiembre de 1973, fue

contratado como director del Centro de Televisión Educativa de Cafam, en el colegio de la entidad, con obligaciones de seleccionar, capacitar, y contratar el personal necesario para el funcionamiento del Centro, y bajo la dirección del Rector, propender por el logro de los objetivos metodológicos, todo dentro de un horario de trabajo, que posteriormente fue ampliado a 8 horas diarias, en días hábiles, que sin embargo, fue de 6:30 AM a 4:30 PM. Detalló las actividades que ejecutó bajo la subordinación del representante legal del plantel educativo de la accionada, y del director administrativo de la Caja, e hizo especial énfasis en aquellas que implicaron las facultades de representación que ejecutó frente al personal de la División de Televisión Educativa, y los viajes a eventos nacionales e internacionales, que trascendieron del ámbito escolar, al de los supermercados, y los centros de recreación, donde siempre fue reconocido como jefe de la mencionada división de televisión.

Relató que el 17 de diciembre de 2002, sin mediar causa justa, la demandada prescindió de sus servicios; que disfrutó de vacaciones, al tiempo, con los demás integrantes de la División y coincidentes con las del Colegio, “siendo disfrutadas colectivamente en razón de la necesidad de hacer coincidir el receso de actividades escolares con los del Centro de Televisión Educativa de Cafam”. Señaló las sumas de dinero que percibió como contraprestación por sus servicios, y que portó el carné que lo identificaba como trabajador de la enjuiciada. (fls. 65 a 79).

En la adición de la demanda, agregó que “Existieron contratos de prestación de servicios entre Cafam y las sociedades denominadas SADA LTDA y DANIEL CHEYNE Y CIA LTDA, con las cuales se pretendió dar la apariencia de la existencia de un contrato de prestación de servicios”, lo cual, no se compadece con la realidad, dado que prestó el servicio en forma personal, pues era el único funcionario de las sociedades aparentemente contratistas, y que las cuentas de cobro que presentó son una forma de disfrazar la remuneración que en realidad fue salario, y que no reclamó antes por el lógico temor de perder su única fuente de ingresos, como consta en los registros contables.

En la contestación de la demanda, la Caja se opuso al éxito de las pretensiones impetradas, y propuso las excepciones de prescripción, e inexistencia de las obligaciones demandadas. Aceptó la convocatoria que para la adquisición de equipos hiciera la entidad, en el año 1972, en la que resultó beneficiada la persona jurídica Ampex Panamerican Company; negó haber tenido vinculación alguna con DANIEL CHEYNE como persona natural, y adujo que toda la contratación se llevó a efecto con las personas jurídicas denominadas Daniel Cheyne y Cia. Ltda., y Sada Ltda., legalmente representadas por el accionante, quien no fue la única persona que como empleado de tales sociedades, ejecutó las obligaciones contraídas en los contratos de índole comercial que se celebraron, sin el señalamiento de un horario fijo. Que jamás ocupó algún cargo al servicio de CAFAM, y que el carné se le suministró para facilitar su ingreso a las distintas dependencias de la Caja; negó que hubiera sido enviado en representación de la accionada a eventos nacionales o internacionales, y que si asistió fue debido a los conocimientos que tiene sobre el tema, y como representante de las sociedades contratistas; que no se le daban órdenes como trabajador, sino que se le pedían asesorías en cumplimiento de los contratos mercantiles celebrados, los que se ejecutaron hasta el 17 de diciembre de 2002, por vencimiento del término acordado, "sin obligatoriedad de prórrogas indefinidas", lo que dio lugar a que el actor devolviera los elementos de propiedad de la empresa, sin que se tratara de la entrega un cargo.

Negó que el demandante hubiera disfrutado de vacaciones, solo que durante ese lapso, en el colegio "el servicio de asesoría era menos exigente". Y que como persona natural, nunca le

fueron efectuados pagos, sino que los mismos se hicieron a favor de las sociedades contratistas (fls. 90 a 110).

Frente a la reforma de la demanda, reiteró que la realidad es que se trató de contratos de asesoría, cumplidos con personal de las contratistas, que no personalmente por CHEYNE, y si fue así, se trató de "cumplir con las obligaciones por la persona jurídica, pues ésta por carecer de materia, las obligaciones se satisfacen por la persona natural que para tal fin se designe". Advirtió que por la contratación se generó facturación con el cobro de IVA, y jamás se hicieron desembolsos por vía de nómina de salarios, y en esas condiciones, siempre la relación fue de orden comercial cuyo objeto implicaba su ejecución en la sede de la demandada, lo que generó a cambio el pago de honorarios, en cuantías que no pueden estimarse como salario. (fls. 116 a 118).

Mediante sentencia de 16 de febrero de 2007, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que entre las partes contendientes "medio (sic) contrato de trabajo a término fijo, vigente entre el 15 de septiembre de 1973 y el 17 de diciembre de 2002"; e impuso condenas a la Caja por concepto de prima de servicios, auxilio de cesantía; sus intereses, indemnización por despido, pensión de jubilación en cuantía inicial mensual de \$8.944.121.00, reajutable anualmente en los términos de ley, indexación de las prestaciones sociales. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, y gravó con costas a la demandada.

#### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apelaron ambas partes y el Tribunal, por providencia de 30 de noviembre de 2007, revocó la condena por pensión de jubilación indexada, y confirmó, en lo demás, lo resuelto por el a quo.

El ad quem descartó la aplicación del artículo 39 de la Ley 712 de 2001, por la inasistencia del actor a la primera audiencia de trámite, toda vez que sostuvo que la declaración de los efectos de tal incumplimiento, debe hacerse antes de dictarse el fallo de primer grado. En función de dilucidar el problema jurídico inicial, destacó la preponderancia de la forma como se ejecuta la relación, sobre la denominación que las partes den al escrito que suscriben para regular la vinculación, "pues prima la realidad <en caso de discordancia entre lo que ocurre en la practica (sic) y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos>", pues según un autor, el contrato de trabajo existe en la realidad de la prestación del servicio, que no en el acuerdo de voluntades, tal cual lo consagra el artículo 53 de la Constitución Política, "lo que permitiría entronizar la ventaja probatoria consagrada en el art. 24 del CST, en el evento de acreditarse la prestación personal del servicio, de tal modo que se pueda presumir la existencia de un contrato de trabajo entre los distanciados en juicio, correspondiéndole a la parte demandada desvirtuar la existencia de los elementos constitutivos (art. 23 del CST), esto es, que no obstante haberse prestado un servicio personal por parte del actor, este no hubiera sido continuo sino instantáneo, o que no fue subordinado sino autónomo, o que no hubo salario sino el pago de honorarios o el precio de una obra etc., (Casación Laboral mayo 5/92)". Con ese cometido, analizó que:

"Ciertamente, desde el punto de vista formal la relación jurídica entre el actor y la entidad se circunscribió a varios contratos de prestación de servicios visibles a folios 1 a 21 del cuaderno No 2 anexo, habiéndose aportado a las diligencias diferentes cuentas de cobro no solo por el suministro de diferentes elementos, sino, y en su gran mayoría, por concepto de honorarios correspondiente a la Dirección del Centro de Televisión Educativa del Colegio Cafam (fl. 22 y ss., del Cuaderno No. 2 anexo), registrándose en dichos documentos que la accionada debía dichos conceptos a DANIEL CHEYNE Y CIA LTDA, así como a SADA y SADA LTDA.

Comunicaciones, suscritos todos por el demandante DANIEL CHEYNE como Gerente y representante legal de ésta persona jurídica, vínculo jurídico que incluso reconoce el representante legal de la entidad demandada al absolver interrogatorio de parte, tal como se observa a folios 135-138 del cuaderno principal”.

Sobre las declaraciones de Nepomuceno Torres Manrique, subdirector de educación de la demandada (fls. 1523 a 158); Eduardo Florez, contador de la entidad (fls.158 a 160); Eliécer Homero Rodríguez, de quien fuera jefe el actor (fls. 161 a 165); Martha Efigenia Guinard Urrea, quien prestó servicios al accionante (fls. 166 a 168); Luís Eduardo Ramírez Medina, reemplazo del actor en el mismo oficio (fls. 168 a 170, y 179 a 182); Miguel Másmela Cañón, también dependiente de CHEYNE (fls. 183 a 189), comentó que le ofrecían mayor fuerza de convicción que lo manifestado por Mario Hermida Diaz, revisor fiscal de la entidad (fls. 190 a 194), y por Luís Jesús Torres, jefe del departamento de talento humano (fls. 194 a 198), toda vez que “dan cuenta de la actividad desplegada por el actor, inicialmente bajo las órdenes del señor NEPOMUCENO TORRES, después de ALVARO LONDOÑO, y finalmente de la señora MARIA LUCIA TRUJILLO (fl.169), dada su percepción directa y personal de los hechos”, ya que aquellos fueron sus compañeros y subalternos, de suerte que no es admisible que éstos últimos estuvieran vinculados laboralmente, y que la persona a quien reconocían y trataban como jefe, hubiera estado ligada a CAFAM simplemente como contratista, máxime si los mismos dieron fe de la condición de subordinado del actor.

Sostuvo que la conclusión anterior no se ve afectada por el hecho de que el demandante pasaba cuentas de cobro, a través de personas jurídicas, pues “lo cierto es que en autos se evidencia la prestación personal del servicio por parte del actor, además uno de los testimonios afirma de manera categórica que una de las empresas se había creado con el único fin de percibir los pagos que le hacía CAFAM por los servicios que realizaba el señor CHEYNE NOVOA”, y menos porque Sada Ltda., presentara cotizaciones, dado que, eventualmente, pudo configurarse una concurrencia de contratos. Que como la inconformidad de la Caja se limitó a la declaración de existencia de la relación laboral, restringía su análisis a dicho aspecto.

Tras atribuir al demandante la condición de sujeto del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y dado que no fue afiliado para el riesgo de vejez, dijo que, en principio, le correspondería a la demandada asumir la pensión, “no en los términos del art. 260 del C.S. del T., sino aquella que le hubiere reconocido el I.S.S., de acreditarse los requisitos exigidos en sus reglamentos, así se desprende del entendimiento jurisprudencial al tema”, según la sentencias de 8 de junio de 2000, radicación 13724, y de 13 de junio de 2002, radicación 17519, que reprodujo en lo pertinente. No obstante, adujo, que como el accionante registraba cotizaciones (fls. 174-175) al ISS, entre el 23 de enero de 1986 y el 16 de junio de 1994, 438 semanas, a través de una persona jurídica diferente a la demandada, “no siendo el segmento de tiempo que no lo estuvo suficiente, en los términos del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 del I.S.S., en relación al número de semanas exigidas, como para que el empleador asumiera la carga, adicionalmente obsérvese que el lapso entre 1973 a 1986, época en donde no hubo afiliación ni cotización, eran otras, acorde al Dcto. 1824 de 1965 aprobatorio del Acuerdo 189 art. 6° de 1965 expedido por el I.S.S., de manera que no puede computarse para los anhelos de autos, como es la pensión, las semanas dejadas de cotizar por el empleador, antes de la vigencia del Dcto. 2665 de 1988, con aquellas que con posterioridad a ésta última normatividad dejó de cotizar, toda vez que las consecuencias del incumplimiento según la época, eran distintos, no pudiendo (sic) asignársele efectos al pretérito, a lo dispuesto por el Dcto. 2665 de 1988”; es decir que, “la no afiliación a ese instituto por parte del empleador demandado, durante todo el periodo

laboral, no genera automáticamente el reconocimiento pensional anhelado, lo que conduce a la revocatoria parcial de la sentencia en éste sentido, siguiéndose (sic) decisión absolutoria, la cual cobija también la accesoria de indexación para ésta pretensión”.

Para confirmar la absolución por indemnización moratoria, estimó que sólo excepcionalmente se presume la mala fe del empleador incumplido, y que su imposición no opera en forma automática, sino que ha de estudiarse la conducta del empresario que ha dejado de satisfacer los débitos generados a la terminación del contrato. Copió un pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, que no identificó, y concluyó que, a pesar de haber salido a flote una relación laboral, “lo cierto es que la demandada (...), actuó bajo el convencimiento de la existencia de una relación distinta a un contrato laboral, es decir hubo discusión razonable acerca de la existencia o no en autos del contrato de trabajo, apreciándose que el empleador estuvo asistido de la creencia que estaba bajo un vínculo jurídico de naturaleza diferente a la laboral, lo que permite ubicar su comportamiento en el campo de la buena fe, eclipsando así la sanción moratoria por lo cual no hay lugar a la imposición de este pedimento indemnizatorio”.

## EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por ambas partes, concedido por el Tribunal y admitido por esta Corporación, se procede a resolver en primer lugar, por método, el de la parte demandada.

## EL RECURSO DE LAPARTE DEMANDADA

Propone la casación parcial del fallo acusado, en cuanto mantuvo la declaratoria de existencia del contrato, y las condenas por primas de servicio, cesantías y sus intereses, indemnización por despido, indexación, y costas procesales. En sede de instancia aspira a que se revoquen los numerales 1o, 2o, 4o, parcialmente, y 6o, del de 1er grado, y en su lugar se le absuelva de las pretensiones.

Con fundamento en la causal primera de casación laboral, el censor le formula a la sentencia controvertida, el siguiente:

### ÚNICO CARGO

“Se acusa a la sentencia materia de este recurso de violar por vía indirecta y por aplicación indebida las siguientes disposiciones sustanciales del orden nacional: artículos 23 (1o Ley 50/90), 24, 25, 26, 64 (6o Ley 50/90), 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; 1o de la ley 52 de 1975; 53 y 85 de la Constitución Política; y como violación medio, los artículos 60, 61 y 77 (39 Ley 712 de 2001) del C.P.T. y S.S. “.

Los errores de hecho que, a juicio del recurrente, cometió el ad quem, con incidencia en las violaciones legales denunciadas, son:

“1. Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante recibió de la demandada, como expresiones de subordinación, órdenes laborales, llamados de atención, imposición de horarios o adopción de medidas disciplinarias.

2. No dar por establecido, estándolo, que nunca hubo un pago salarial de la demandada al actor por la prestación de sus servicios personales, durante la vigencia de la relación jurídica que tuvieron.

3. No dar por demostrado, estándolo, que nunca se impuso al demandante por parte de la

demandada, la prestación de sus servicios en forma personal y exclusiva dentro de los contratos de prestación de servicios que se suscribieron con las sociedades representadas por él.

4. Dar por probado, sin estarlo, que el demandante fue nombrado formalmente como Jefe de la División de Televisión Educativa de la demandada.

5. No dar por probado, estándolo, que el demandante tuvo una relación laboral con la sociedad SADA LTDA durante el tiempo de la vinculación civil de esta sociedad con CAFAM, sin que se hubiera establecido la coexistencia de tales contratos como laborales.

6. No dar por probado, estándolo, que el demandante tuvo durante todo el tiempo de la relación jurídica que sostuvo con la demandada, plena autonomía en cuanto a la forma, modo y tiempo de dedicación a la función señalada como objeto de los contratos de prestación de servicios que suscribió como representante de las firmas contratistas de mi mandante".

Como pruebas mal valoradas, indicó los contratos civiles de prestación de servicios celebrados entre las partes (fls. 1 a 21, anexos); facturas por servicios, suministros, anticipos, y honorarios, presentados por las sociedades contratistas (fls. 22 a 207, anexos); órdenes y comprobantes de pago a Sada Ltda (fls. 209 a 253 ídem); confesión ficta del actor (fls. 122 a 124); confesión en la demanda (fls. 65 a 79, y 112 a 114); oficio del ISS (fls. 172 a 174); carnés expedidos al accionante (fl. 5); y contestación a la demanda y a su reforma (fls. 90 a 110, y 116 a 118).

Según la parte demandada, las pruebas que dejó de apreciar el Tribunal fueron: la confesión del demandante al rendir declaración de parte (fls. 145 y ss.); pólizas de cumplimiento (fls. 255 a 260, anexos); certificación de revisoría fiscal (fl. 261, ídem); relación de pagos a Sada Ltda. (fls. 262 a 264 ídem); y certificado de la DIAN (fl. 151).

Igualmente, señaló como erróneamente apreciada la prueba no calificada, consistente en los testimonios recibidos.

Advierte la censura que comparte la teoría del contrato realidad, y la prevalencia de lo real sobre lo nominal, que sin embargo, fue mal aplicada al caso "por la distorsión en que incurre al identificar los hechos relevantes el proceso", y que, si bien su discrepancia en la aplicación del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo, tiene un ingrediente jurídico, es viable incluirlo dentro de la senda de acusación seleccionada, "siguiendo lo señalado por esa H. Sala cuando de disposiciones instrumentales se trata, si la verificación de la utilización de ellas impone la inspección del expediente". Anota que la figura del contrato realidad, es aplicable no sólo para concluir en su declaratoria, sino también, con la finalidad contraria, si los hechos así lo imponen.

Las disquisiciones jurídicas del impugnante prosiguieron al afirmar que, en torno a las cargas probatorias, "debe partirse de la prestación personal de un servicio para colegir, por la vía del artículo 24 del C.S.T., la existencia de la subordinación cuya presencia identifica y diferencia una relación jurídica laboral de otras de naturaleza jurídica", pero que, a partir de allí, el Tribunal se desvió al estimar que con la prueba de la prestación personal del servicio "presuntamente subordinado" se agota la labor probatoria, sin tener en cuenta que, dado su carácter de presunción legal, "admite prueba en contrario, prueba que el Tribunal no vio a pesar de lo contundente de ella". Que, luego de desvirtuada la subordinación legalmente presumida, debe el juez "encontrar la demostración real de esa dependencia, para poder oponer el efecto de esto último a los elementos demostrativos con los cuales se destruyó la presunción de existencia de la subordinación y, por ende, de la relación laboral".

En el terreno de los hechos, arguye que la contundencia de la prueba de la ausencia de subordinación, se constata por la confesión ficta originada en la inasistencia del actor a la audiencia de conciliación, cuyos efectos no dependen del pronunciamiento del juez, sino que, por estar consagrados en la ley, se derivan de allí, por lo que expresamente se plasma en el artículo 39 de la Ley 712 de 2001, en tanto la inasistencia del demandante hace presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación a la demanda, y en las excepciones, para el caso, "la independencia del demandante en la ejecución de los servicios que surgieron de los contratos civiles celebrados entre las partes".

Asegura que en la demanda, el actor confesó su vinculación con la demandada desde el 15 de septiembre de 1973, lo cual coincide con lo plasmado en el documento en el que se convino la prestación de servicios, mediante un nexo jurídico de índole civil que adoptó un mecanismo consistente en "una intensidad en número de horas diarias con discrecionalidad para el contratista en cuanto a su distribución, mecanismo confesado en los hechos 10 y 11". Que, además, las características de los documentos que dan cuenta del nexo entre las partes, exhiben una realidad por entero diferente a la que halló acreditada el Tribunal, como que los servicios fueron prestados por una persona jurídica; se pactó un precio global, asociado a la duración del contrato, con un anticipo promedio del 30%; no se estableció subordinación, y que la autonomía fue de tal entidad que fue el demandante quien definió la sociedad que habría de fungir como contratista, sin que sobre agregar, dice, que por tratarse de un ciudadano con formación profesional, pueda pensarse en una presión ejercida por CAFAM.

Según el recurrente otro detalle que escapó a la observación del juez de la alzada, consistió en que durante los casi 30 años de relación, es decir, cerca de 360 veces, el demandante presentó cuentas de cobro a la enjuiciada, por anticipos, suministros, honorarios, "en fin, por diferentes conceptos identificados libremente por el actor en virtud de su autonomía como se aprecia en los documentos correspondientes que obran en el anexo de pruebas de la demandada".

Que al absolver interrogatorio, el actor confesó que: i) los servicios prestados se generaron en los contratos de naturaleza civil que se celebraron; ii) el precio incluía anticipos; iii) en las facturas se registró el IVA por honorarios profesionales por servicios independientes; iv) los beneficiarios de los pagos fueron personas jurídicas; v) "presentaba cuentas adicionales por servicios diferentes a los previstos en los contratos celebrados con mi representada"; y, vi) no formuló reclamos por los motivos por los cuales ahora demanda.

Argumenta que con lo anterior fluye evidente la independencia del demandante en la prestación del servicio, es decir, queda desvirtuada la presunción legal, por manera que a la parte actora le incumbe probar la presencia de la subordinación, mediante la acreditación del sometimiento a un reglamento, el deber de presentar informes, la imposición de sanciones, o la sujeción a un horario, o en otros términos, "que la demandada incurrió durante esos casi treinta años en alguna expresión que le representara al actor una imposición en la prestación de los servicios a los cuales se comprometieron las personas jurídicas que representó al celebrar los contratos con CAFAM y mi mandante niega, como negación indefinida, que existan esos elementos". Aduce, entonces, que de lo que hay prueba es de que el nexo jurídico no fue de orden laboral, pues así lo muestran las pólizas de cumplimiento y manejo del anticipo (fls. 255 a 260, anexos); el oficio del ISS que registra la afiliación del actor por cuenta de Sada Ltda., lo que es obvio dado que aquél laboraba para ésta, que era la que recibía los pagos realizados por CAFAM, punto sobre el cual, el Tribunal consignó una suposición, equivocada por cierto, dado que lo que se presentaría sería una coexistencia de contratos; el certificado de la DIAN, en tanto la condición de no declarante,

a pesar del monto de la remuneración, traduce que en realidad lo que medió entre las partes fue una contratación civil; finalmente, alude a lo certificado por la revisoría fiscal, sobre las retenciones y pagos realizados a Sada Ltda.

Como estima demostrada la comisión de los errores fácticos imputados al Tribunal, incursiona en la prueba testimonial, comenta que las declaraciones de terceros nada aportan en aras de respaldar la posición de las partes, lo que significa que erró en la utilización de los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo, “pues de un análisis objetivo de dicha prueba solo se puede colegir la duda dado que unos declarantes respaldan las afirmaciones de la demandada (...), y otros parecen apoyar la posición del demandante (...), con lo cual mal se puede concluir a la luz de las citadas disposiciones que en esa prueba se encuentre un respaldo sólido de la existencia de una subordinación o de una total independencia del actor en la ejecución de los servicios”.

## LA RÉPLICA

Refuta los pilares de la impugnación; dice que no es aplicable el artículo 39 de la Ley 712 de 2001, puesto que el actor explicó el motivo de su tardanza en llegar a la audiencia de conciliación, y además la declaratoria de sus efectos corresponde al juez de primera instancia. Asevera que el Tribunal no desconoció los documentos que el censor acusa como mal apreciados, y sobre la prueba no calificada, acota que los comentarios del recurrente no afectan la decisión de segundo grado, y aún si se estudiaran, no se vislumbra la comisión de una distorsión en su análisis.

Aludió a los documentos incorporados por el accionante, que dan fe sobre la condición de Jefe de la División de Televisión Educativa del demandante, bajo las órdenes de la entidad accionada.

## SE CONSIDERA

Insistentemente ha recordado la Sala, que el desacierto fáctico para que tenga la virtualidad de desembocar en la prosperidad del cargo, y en consecuencia, derruir la presunción de legalidad y acierto con que está sellada la decisión del Tribunal, debe ser ostensible y manifiesto, pues en los términos del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, por regla general la labor de juzgamiento es libre, en tanto no esté sometida a una tarifa legal, desde luego, descartando la arbitrariedad del juez, que debe inspirarse “en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes”. En ese orden, así la Corte esté en desacuerdo con una determinada inferencia fáctica del ad quem, desde que la conclusión no desborde los cauces de la razonabilidad, y no se exhiba descabellada, no puede el juez de casación invadir esa esfera de libertad y autonomía de que están investidos los jueces de instancia, para hacer prevalecer su criterio sobre el del ad quem.

En el presente caso, el comentado prolegómeno encuentra cabal aplicación, por cuanto, del examen de cada uno de los medios probatorios que denuncia el impugnante como mal valorados, ó como pretermitidos, no se estructura ninguno de los errores de hecho endilgados juzgador de la segunda instancia. De la lectura detenida de cada uno de ellos, no emerge irrazonable inferir, como lo hizo el Tribunal, que los servicios prestados por el demandante a favor de la demandada, fueron subordinados y ejecutados bajo la égida de un contrato laboral, y no bajo la apariencia de los diferentes contratos civiles de prestación de servicios profesionales, adosados al informativo.

Ya que el impugnante acepta como uno de los postulados rectores del sistema jurídico laboral



colombiano, el de la primacía de la realidad sobre las formalidades adoptadas por las partes de un contrato, conocido como contrato realidad, conviene memorar que uno de los supuestos sobre los que descansa la teoría en comento, es precisamente la falta de coincidencia entre lo que muestran los documentos suscritos entre los contratantes, y la cotidianidad observada dentro de la ejecución del acuerdo, que sólo existe formalmente, dado que los sucesos que se desencadenan a partir de la prestación del servicio, muestran que lo que se consignó en los documentos, no existió realmente. Y fue, justamente, este el ejercicio que desarrolló el Tribunal, puesto que no ignoró que “desde el punto de vista formal la relación jurídica entre el actor y la entidad se circunscribió a varios contratos de prestación de servicios visibles a folios 1 a 21 del cuaderno No 2 anexo”; Además, de obrar en el expediente otros elementos de juicio, como cuentas de cobro por suministro de elementos y por honorarios, reconociendo el accionante la modalidad contractual a la que se acudió para formalizar el acuerdo; pese a ello, y con fundamento en los testimonios de Nepomuceno Torres, Eduardo Florez, Eliécer Homero Rodríguez, Martha Efigenia Guinard, Luís Eduardo Ramírez, y Miguel Másmela Cañón, el Tribunal aseveró que la realidad permitía identificar a CHEYNE NOVOA como subordinado a las órdenes e instrucciones del Rector del plantel educativo de CAFAM, a la vez que como Jefe de la División de Televisión Educativa de la Caja, tenía poder de mando sobre otros empleados de la demandada.

Quiere decir lo anterior, que no fue del análisis de los documentos denunciados como mal apreciados, que el juzgador de la segunda instancia dedujo la existencia de un contrato de trabajo, sino principalmente, de las versiones entregadas por las personas arriba relacionadas, a las que dio mayor credibilidad, que a las de Mario Hermida Diaz, y Luís de Jesús Torres. Ante este contexto, es palmar que el ataque deviene inocuo pues, como bien se sabe, a menos que se haya demostrado la comisión de un error manifiesto de hecho sobre una prueba calificada en casación, no es posible incursionar en el análisis de la prueba por testigos, precisamente, por no tener aquella connotación.

En cuanto a los efectos de la inasistencia del demandante a la audiencia de conciliación, lo que la Sala tiene definido es que, igual a como se exige frente a la incomparecencia a rendir declaración de parte, es necesario que el juez deje expresa constancia acerca de los hechos sobre los cuáles recae la presunción de certeza, como por ejemplo en la de 7 de febrero de 2006, radicación 25130, reiterada, entre otras, en la de 28 de mayo de 2007, radicación 27354. En consecuencia, bajo ningún supuesto resultaría admisible que el fallador de segundo grado, declarara una confesión que ni siquiera se hizo en la decisión que puso fin a la instancia final, a no ser que optara por trasgredir derechos fundamentales, como los del debido proceso, y defensa.

Menos puede calificarse como confesión, en los términos exigidos por el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, que en el libelo introductorio se hubiera aludido que la fecha en que comenzó la vinculación entre las partes, coincidiera con la de celebración del primero de los convenios firmado entre ellas, porque el aspecto formal de la vinculación, es un tema no discutido por el actor, por el contrario, fue admitido al absolver interrogatorio de parte, así como también el de haber pactado anticipos, que recaudado el impuesto al valor agregado, que la retribución se hizo a través de una persona jurídica, y que no formuló reclamo durante todo el tiempo que perduró la relación, circunstancias que, no demeritan la conclusión del juez de alzada, o por lo menos no configuran un error evidente de hecho, en la medida que hizo prevalecer los pormenores que relataron los testigos, sobre lo admitido, que no necesariamente implica confesión, lo cual, constituye una expresión de la libertad del juzgador para valorar las pruebas.

Para los fines debatidos en esta contención, muy poca importancia cobra el hecho de que el demandante registre aportes para pensión por cuenta de un empleador diferente a la persona jurídica que resultó declarada como tal en este proceso, que a lo sumo podrá tenerse como un indicio, prueba no apta para fundar un error de hecho en casación.

Muy por el contrario a lo pretendido por la censura, el documento de folio 5, lo que pone de presente es la condición de Jefe de la División de Televisión Educativa del actor, al servicio de la convocada a juicio pues, incluso en la fotocopia del último de los carnés, textualmente se lee: “Este Carné acredita al portador como empleado de CAFAM y al término del Contrato de Trabajo debe ser devuelto a esta entidad”.

Recuerda la Corte que la sola designación que se le de a la forma como se retribuyen los servicios, no identifica, per se, la naturaleza jurídica al vínculo contractual existente entre las partes, y era apenas lógico que conforme a la modalidad de contrato adoptada, la demandada estuviera en la obligación de pagar el IVA, pues la apariencia acogida por los contendientes, así lo imponía.

Vale agregar que el hecho de que el actor debiera presentar cuentas de cobro por honorarios, no desdibuja la existencia del contrato de trabajo, que se acredita con la prestación del servicio personal, la subordinación jurídica y finalmente con la retribución económica por esos servicios personales.

Se concluye, entonces, que no se configuró ninguno de los yerros fácticos imputados al Tribunal, al menos no con la entidad exigida para la prosperidad del recurso extraordinario de casación, por manera que el cargo no prospera.

## RECURSO DEL DEMANDANTE

Según el alcance de la impugnación, el demandante pretende la casación parcial del fallo de segundo grado, “en cuanto revoco (sic) la condena al reconocimiento de pensión de jubilación impuesta por el ad quo (sic) y en sede de instancia confirme tal condena en la forma como la impuso el Juzgado Diez y Seis Laboral del Circuito de Bogotá”.

Con fundamento en la causal primera de casación laboral, el censor le formula a la sentencia que combate dos cargos, que tituló como “CARGO UNICO”, que se resolverán en el orden propuesto.

## PRIMER CARGO

Acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustancial por vía directa, por aplicación indebida “del acuerdo 189 artículo 6 expedido por el ICSS aprobado por del Decreto 1825 de 1965, artículo 19 del Decreto 2665 de 1988 y el artículo 70 del acuerdo 044 de 1989 expedido por el ISS aprobado por el Decreto 3063 de 1989, la cual condujo a la falta de aplicación del artículo 5, literal b) del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo 2 del Decreto 1160 de 1994 y del artículo 260 del C.S. de T”.

Con el propósito de demostrar su denuncia, el recurrente sostiene que la aspiración jubilatoria la soportó en la preceptiva del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y con base en ésta se impuso la condena en primera instancia, que fue revocada por el Tribunal al estimar que la

situación está gobernada por el “acuerdo 189 artículo 6 expedido por el ICSS aprobado por el Decreto 1825 de 1965 aprobatorio del acuerdo, artículo 19 del Decreto 2665 de 1988 y el artículo 70 del acuerdo 044 de 1989 expedido por el ISS aprobado por el Decreto 3063 de 1989”, que han sido objeto de interpretación jurisprudencial que ha evolucionado, hasta llegar al reconocimiento de las prestaciones en la forma como las hubiera reconocido el Instituto de Seguros Sociales que, dice, estima irrelevantes, porque si la relación laboral fue declarada en primera instancia el 16 de febrero de 2007, teniendo en cuenta que la obligación de afiliar a la seguridad social es de hacer, es imposible de cumplir, “y por lo tanto la regulación legal de las mismas no aplica”.

Sin embargo, pregona, que como la existencia del contrato de trabajo fue declarada en el año 2007, es aplicable el literal b), del artículo 5º, del Decreto 813 de 1994, modificado por el artículo 2º del Decreto 1160 de 1994, que ordena al empleador asumir la pensión de jubilación, cuando al 1º de abril de 1994 el trabajador contara 20 o más años de servicio al mismo patrono. Concluyó diciendo que ésta norma “habilita la aplicación de la pensión de jubilación, que no puede ser otra para el caso que la contenida en el artículo 259 y 260 del C. S. de T., pues los hechos que declara el Tribunal como probados y que no se discuten ni debaten en este cargo, demuestran que antes del 1º de abril de 1994 el demandante tenía más de veinte años continuos de servicios y más de sesenta años de edad”.

#### LA RÉPLICA

Destaca errores de técnica al cargo, pues el “Decreto 1825 de 1965” no existe, y que en lo relativo a la pensión de jubilación el ejercicio fue de pura interpretación, de tal manera que no pudo haber aplicación indebida, ni falta de aplicación de norma jurídica alguna. Además, que el impugnante dejó libre de controversia el fundamento de la decisión.

#### SE CONSIDERA

A partir de considerar que el demandante estaba cobijado por el régimen de transición introducido por la Ley 100 de 1993, y prevalido de la falta de afiliación de aquél al sistema general de pensiones, con apoyo en un pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, el Tribunal descartó la aplicación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Destacó, asimismo, que como durante un lapso importante de la relación de trabajo, el demandante fue afiliado, y cotizó por cuenta de otra sociedad un total de 438 semanas, y el tiempo que permaneció descubierto no resulta ser igual al exigido por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, traducido a semanas de cotización, no es procedente imponer la pensión implorada a cargo del empleador, puesto que, además, si durante el período que se incumplió la obligación de afiliar y aportar para el riesgo de vejez (1973-1986), no había cobrado vigencia el Decreto 2665 de 1998 que, en su artículo 19, estableció a cargo del empresario el pago de las prestaciones dejadas de otorgar por el sistema, sino que estaba en vigor la norma que le precedió, la solución no era imponer la obligación al patrono.

En la demostración del cargo, el censor sostiene que es la fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia, el referente que debe atenderse para determinar el precepto legal llamado a definir la controversia, lo cual, desde luego, es abiertamente equivocado, dado que, como regla general, se sabe que es la fecha de terminación del contrato la que ha de tomarse en cuenta para escoger el ordenamiento aplicable. Como también es equivocada la interpretación que imprime al artículo 5º del Decreto 813 de 1994, puesto que, conforme al precedente jurisprudencial invocado por el ad quem, lo que se dijo es que no es el artículo 260 del Código Sustantivo del

Trabajo, el régimen que cobijaba al demandante antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, sino los reglamentos del ISS, dado que para la época en que se ejecutó el contrato de trabajo, para lo aquí debatido, aquella norma había dejado de surtir efectos, no sólo como consecuencia de la asunción del Instituto de esta clase de riesgos, sino porque así lo dispuso expresamente el artículo 289 de la Ley 100 de 1993.

De todas maneras, como el argumento de la insuficiencia del tiempo que permaneció sin afiliación al sistema de pensiones, como obstáculo para que procediera el reconocimiento de la jubilación, no fue confrontado por el impugnante, el fallo de segunda instancia permanece incólume.

En consecuencia, el cargo no es estimable.

## SEGUNDO CARGO

Acusa la violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida, “del acuerdo 189 artículo 6 expedido por el ICSS aprobado por el Decreto 1825 de 1965 aprobatorio del acuerdo, artículo 19 del Decreto 2665 de 1988 y el artículo 70 del acuerdo 044 de 1989 expedido por el ISS aprobado por el Decreto 3063 de 1989, la cual condujo a la falta de aplicación del artículo 5, literal b) del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo 2 del Decreto 1160 de 1994 y del artículo 260 del C. S. de T.”

En lo que pretende ser la demostración del cargo, escribió:

“El Tribunal tergiversó los hechos del proceso al dar por pretendido sin estarlo que el actor solicitaba pensión de vejez en los términos de los acuerdos del ISS, contenidos en las normas citadas como aplicadas indebidamente.

Igualmente dejó de tener por demostrado, estándolo que el trabajador demandante, cumplió los requisitos de pensión de jubilación antes del 1º de abril de 1994.

De esta forma dio por sentada una pretensión que no existe en la demanda cual fue la de la pensión de vejez en los términos de los reglamentos del ISS.

Consecuentemente se pronunció y absolvió respecto de la pensión de vejez que no era materia de las pretensiones de la demanda, al igual que absolvió de la establecida en el artículo 260 del C. S. de T.

El anterior error de hecho provino de la falta de apreciación del escrito de demanda, el cual plantea la discusión en torno al reconocimiento de pensión de jubilación y jamás hace mención a la pensión de vejez del ISS. Este error condujo al juzgador a tomar hechos del proceso como la afiliación que aparece hecha al ISS por el mismo Daniel Cheyne que no sustituye la que debió hacer la demandada CAFAM y que jamás realizó.

De no haber cometido el error citado, el Tribunal no se hubiese pronunciado sobre la pensión de vejez y no habría aplicado indebidamente las normas citadas y dejado de aplicar la que correspondía al tema materia del litio (sic).

(...)

En consideración a las razones expuestas en esta demanda, solicito (...), que de no atenderse la anulación solicitada, se deje puntualmente establecido que la decisión hace transito (sic) a cosa

juzgada respecto a la pensión de jubilación contemplada en el artículo 260 del C. S. de T. y no a la de vejez, con el objeto de que esta última (sic) no quede bajo el efecto de cosa juzgada”.

## LA RÉPLICA

Asevera que el impugnante no puntualiza ningún error de hecho, pues el que menciona como tal, es un aserto de puro derecho, “pues involucra en concreto la conclusión de absolver a la demandada tanto por la pensión de vejez como por la pensión de jubilación”, lo que genera la imposibilidad de estudiar de fondo el ataque, amén de que se dejaron de señalar las pruebas sobre las que recaen los supuestos errores fácticos. De otra parte, sostiene que no se rebatieron las razones del ad quem para revocar la condena por pensión de jubilación, como el de la afiliación a través de otro ente moral, como impedimento para el otorgamiento de la prestación, pues ello provocó la insuficiencia de tiempo “como para que el empleador asumiera la carga”. Que lo que propone la censura es imponer su criterio sobre el del juez de apelaciones, lo que no es válido en sede de casación.

## SE CONSIDERA

Para desestimar, el cargo, basta decir que el escrito de demanda sí fue apreciado por el Tribunal, en tanto de esa pieza procesal resumió los hechos del proceso. Con todo, si bien en ella se solicitó que se concediera la pensión de jubilación conforme con los lineamientos del artículo 5° del Decreto 813 de 1994, y el a quo se la concedió en los términos del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, el haber apoyado su decisión en otras normas, no implica una valoración equivocada de la demanda, pues el fallador no está fatalmente atado a la normativa invocada por las partes, sino que, es su deber resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, haciendo producir efectos a las normas llamadas a aplicarse, e inaplicando las que no tengan esa vocación.

Por lo visto, el cargo se desestima.

Sin costas en el recurso extraordinario, dado que ninguna de las demandas prosperó.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de 30 de noviembre de 2007, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por DANIEL CHEYNE NOVOA contra la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CAFAM.

Sin costas en casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

CAMILO TARQUINO GALLEGU

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

