



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 1



**ERNESTO FORERO VARGAS**

**Magistrado ponente**

**SL1330-2019**

**Radicación n.º 68965**

**Acta 11**

Bogotá, D. C., tres (3) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la sociedad **GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Regional de Descongestión con sede en el Distrito Judicial de Santa Marta, el 27 de septiembre de 2012, que se complementó el 8 de abril de 2014, en el proceso ordinario laboral que instauró **OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA** y otro contra la recurrente y solidariamente **ALEJANDRO PÁEZ FERNÁNDEZ**

A folios 105 a 110 el apoderado principal de la parte actora opositora, allega memorial por medio del cual adjunta los poderes otorgados a él por Katherine, Jury y Angélica Jiménez Tapia, quienes actuando «*en calidad de sustituta procesal*» del demandante Oscar Jiménez Miranda, quien se informa falleció, y lo facultan para que las represente en el presente proceso.

A su turno, obra a folios 114 memorial a través del cual el mencionado apoderado sustituye en la doctora Alejandra María Campo Iriarte los poderes antes referidos, para que actúe ante esta Corporación.

La Sala se abstendrá de reconocer personería al doctor José María Conde Cedeño, como apoderado de Katherine, Yury y Angélica Jiménez Tapia, en atención que no se allegó el certificado de defunción del accionante Óscar Jiménez Miranda, ni los registros civiles de nacimiento que acrediten la condición de hijas en la que actúan y, como consecuencia de ello, a la doctora Alejandra María Campo Iriarte.

Debe señalar la Sala, que el demandante Ricardo Martínez Jaramillo desistió de todas las pretensiones del libelo introductorio, solicitud que fue admitida en la documental vista a folios 8 y 9 del cuaderno 3, razón por la cual el Tribunal sólo estudió las pretensiones del demandante Óscar Jiménez Miranda.

## I. ANTECEDENTES

Oscar Jiménez Miranda llamó a juicio a la sociedad Grupo Hotelero Mar y Sol S.A. y al señor Alejandro Páez Fernández, con el fin de que se declare que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad demandada, por intermedio del accionado Alejandro Páez Fernández, del 1º de septiembre de 1988 al 16 de marzo de 2004, que dicho vínculo laboral finalizó por decisión unilateral del empleador y sin justa causa.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretendió que se les condene al pago de: *i)* las prestaciones sociales y vacaciones generadas durante la relación laboral; *ii)* el valor de las horas extras y el recargo nocturno; *iii)* la pensión sanción o en su defecto, un bono pensional que represente el valor del tiempo laborado; *iv)* las cotizaciones al régimen general de salud y riesgos profesionales; *v)* las indemnizaciones por despido sin justa causa, moratoria, y por la no consignación de las cesantías; *vi)* la indexación laboral o corrección moratoria y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que fue miembro del grupo musical Cat Blue, por lo que se vinculó a través del intermediario Alejandro Páez Fernández para desempeñarse como cantante en el Bar Bolero de propiedad de la sociedad demandada, durante el 1º de septiembre de 1988 al 16 de marzo de 2004, devengando un salario mensual de \$410.000; que dicha relación laboral terminó por decisión unilateral de la demandada Grupo Hotelero Mar y

Sol S.A. y sin justa causa, determinación que le fue informada por el convocado Alejandro Páez Fernández.

Aunado a lo anterior, señaló que durante los primeros diez años trabajó de lunes a sábado y los domingos cuando era fin de semana festivo; y por los años siguientes, laboró de jueves a sábado y de igual manera el domingo si era un fin de semana festivo.

Manifestó que el convocado Alejandro Páez Fernández, era la persona que coordinaba los servicios prestados por el grupo Cat Blue, que el actor para ejecutar su labor utilizaba los equipos musicales, las amplificaciones y el local del Bar Bolero; asimismo, indicó que el Grupo Hotelero Mar y Sol S.A., le cancelaba al referido señor el valor de \$3'700.000, para que este cubriera los salarios de los integrantes del grupo musical.

Por último, agregó que la empresa demandada no le canceló las prestaciones sociales, vacaciones, el subsidio de transporte, las horas extras ni los recargos nocturnos; igualmente, no le cotizó al régimen de seguridad social como tampoco lo afilió a la caja de compensación familiar.

Al dar respuesta a la demanda, la accionada Grupo Hotelero Mar Y Sol S.A. se opuso a las pretensiones y, respecto a los hechos, expresó que no eran ciertos.

Para fundamentar su defensa indicó que celebró contratos comerciales de prestación de servicios con el grupo

musical Cat Blue, razón por la cual los rige el código de comercio y no el código laboral; por otro lado, anotó que no le debe por ningún concepto, dado que a través del demandado Alejandro Páez Fernández le canceló todas las sumas correspondientes, como puede corroborarse en las facturas de cobro y comprobantes de egreso.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho a pedir, inexistencia de la obligación que se reclama, carencia del derecho para demandar, ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, cobro de lo no debido, solución o pago efectivo, prescripción, compensación y buena fe.

Al dar contestación al libelo introductorio, el demandado Alejandro Páez Fernández se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, dio por cierto que el demandante integraba el grupo musical Cat Blue; que fueron contratados para amenizar la estadía de los clientes del Bar Bolero; confirmó la fecha de ingreso y terminación del vínculo laboral, el cual fue de manera unilateral y sin justa causa; que la empresa demandada cesó la relación laboral, y que dicha decisión la comunicó a través del accionado Alejandro Páez Fernández; confirmó el horario en el cual laboró los primeros 10 años y durante los siguientes; que el accionado Alejandro Páez cubría los salarios de los integrantes del grupo, con el salario que la sociedad le pagaba el cual era por un valor de \$3.700.000. Igualmente aceptó los hechos en los cuales se indicó el valor del salario devengado por el actor; la falta de pago de las prestaciones sociales, vacaciones, subsidio de transporte, horas extras y recargos nocturnos;

así como que la sociedad demandada nunca le cotizó al régimen de seguridad social ni lo afilió a la caja de compensación familiar.

Para fundamentar su defensa, manifestó que prestó sus servicios como director de orquesta mediante contrato de trabajo, dado que, durante el tiempo laborado, esto es, 16 años y 2 meses, estuvo bajo la continua subordinación y dependencia del Grupo Hotelero Mar y Sol S.A., de la misma manera que lo estuvieron los demás integrantes del grupo musical. Por último, completó lo anterior anotando que la demandada está endilgándole erróneamente la calidad de contratista independiente, pese a ser la beneficiada con la realización de dicha actividad; puesto que nunca gozó de autonomía técnica y directiva, como tampoco contrató ni directa e indirectamente a los actores ni demás músicos; es por ello que considera no posible la imposición de una responsabilidad solidaria por una supuesta calidad de intermediario que nunca tuvo.

Propuso las excepciones de cobro de lo debido, compensación, prescripción y la innominada.

El 17 de febrero de 2005, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito Cartagena, en audiencia obligatoria de conciliación, saneamiento, fijación del litigio y decisión de excepciones previas obrante a folios 324-326 del cuaderno 1, decretó la acumulación de los procesos con radicados 2004-196 y 2004-204 a solicitud de la demandada Grupo Hotelero Mar y

Sol S.A., la cual fue coadyuvada por los accionantes y el accionado Alejandro Páez Fernández.

Mediante memorial obrante a folio 8 del cuaderno 3, el demandante Ricardo Martínez Jaramillo y la demandada Grupo Hotelero Mar y Sol S.A. acordaron que el actor desistía de las pretensiones de la demanda; en consecuencia, la terminación del proceso y el archivo del expediente, petición que fue admitida por la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante auto del 19 de enero del 2010, que obra a folio 9 del cuaderno 3.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 16 de abril de 2008, resolvió:

**PRIMERO:** *Declárese que entre los señores **RICARDO E. MARTÍNEZ JARAMILLO Y OSCAR JIMÉNEZ MIRADA**, existió un contrato laboral con el señor **ALEJANDRO PÁEZ FERNÁNDEZ y solidariamente con el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.**, de acuerdo con las razones arriba expuestas. A consecuencia de lo anterior:*

**SEGUNDO:** *CONDENASE al señor **ALEJANDRO PÁEZ FERNÁNDEZ y solidariamente al GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.** a pagar a los señores **RICARDO ENRIQUE MARTÍNEZ JARAMILLO**, la suma de **DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$2.752.862,30)**, moneda corriente y a **OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA**, la suma de **UN MILLÓN NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$1.953.581,40)**, moneda corriente, ambas sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales tal como quedaron detalladas en la parte motiva de ésta sentencia.*

**TERCERO:** *CONDENASE al señor **ALEJANDRO PÁEZ FERNÁNDEZ** y solidariamente al **GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.**, a pagar a los señores **RICARDO ENRIQUE MARTÍNEZ JARAMILLO** y **OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA** la suma de **\$1.299.351,00 y \$922.090,40, por concepto de indexación.***

**CUARTO:** *ABSUÉLVASE a los demandados de las demás pretensiones de la demanda.*

**QUINTO:** *Costas a cargo de la parte demandada.*

### **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Regional de Descongestión con Sede en el Distrito Judicial de Santa Marta, mediante fallo del 27 de septiembre de 2012, en conocimiento del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, decidió:

**PRIMERO: REVOCAR** *el fallo apelado, calendado el 16 de abril de 2008, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del asunto de la referencia y en su lugar **DECLARAR** la existencia de contrato de trabajo realidad entre el señor **OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA Y LA SOCIEDAD GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.**, conforme a las consideraciones de esta providencia.*

**SEGUNDO: ABSUÉLVASE DE TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA AL SEÑOR ALEJANDRO PÁEZ FERNÁNDEZ.** *No declarar probada la excepción de inexistencia del contrato propuesta por la demandada.*

**TERCERO: CONDENAR** *a la demandada **GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.**, a pagar por concepto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo la suma diaria de \$13.666 desde la fecha de terminación, 17 de marzo de 2004, hasta por 24 meses, y a partir del mes veinticinco (25), los intereses que establece el art 65 C.S.T.*

**CUARTO: CONDENAR** *al **GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.**, a realizar los aportes a pensión, y que los mismos sean consignados al fondo de la elección del demandante, siendo procedente en este caso aplicar el mismo concepto, consignación que deberá realizarse durante el periodo que se mantuvo la*

*relación laboral, esto es del 1º de septiembre de 1988 hasta el 16 de marzo de 2004.*

**QUINTO: REVOCAR** *el numeral quinto de la sentencia impugnada en su lugar condenar a la sociedad demandada **GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.**, En sede de apelación no se causaron costas.*

**SEXTO:** *A través de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta, dispóngase la devolución del expediente al Tribunal de Origen.*

La parte demandante mediante memorial obrante a folios 45-48 del cuaderno tres, solicitó que se complementara la parte resolutive de la aludida providencia, por cuanto el Tribunal en las consideraciones concluyó que el actor tenía derecho a las indemnizaciones por despido injusto y moratoria, y a las prestaciones sociales; pero no lo indicó en la parte resolutive.

Mediante sentencia del 8 de abril de 2014, la Sala Primera Fija de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Justicia de Cartagena, resolvió:

*PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia adiada septiembre 27 de 2012, emanada de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Regional de Descongestión con sede en Santa Marta, el cual quedara de la siguiente manera:*

*PRIMERO: REVOCAR el fallo apelado, calendado el 16 de abril de 2008, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del asunto de la referencia y en su lugar:*

*DECLARAR la existencia de contrato de trabajo realidad entre el señor OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA y la SOCIEDAD GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.*

*CONDENAR a la SOCIEDAD GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. cancelar al señor OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA, la suma de \$1.953.581,40 por concepto de prestaciones sociales y la suma de \$922.090,40 por concepto de indexación.*

*CONDENAR a la SOCIEDAD GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. cancelar al señor OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA, la suma indexada de \$6.426.097 por concepto de indemnización por despido injusto.*

*CONDENAR a la SOCIEDAD GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. cancelar al señor OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA, la sanción moratoria consagrada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consistente en el pago de un día de salario por cada año en que el derecho se halla causado y el empleador persista en la mora, es decir desde el 1 de septiembre de 1988 hasta el 16 de marzo de 2004.*

*SEGUNDO: CONCEDER, el recurso de CASACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte demandada GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A, contra la sentencia de fecha veintisiete (27) de septiembre del dos mil doce (2012), proferida por la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Regional de Descongestión con sede en el Distrito Judicial de Santa Marta, por lo anteriormente esbozado.*

*TERCERO: Vencido el termino de ejecutoria, remítase el expediente a la H corte Suprema de Justicia; Sala Laboral de Casación.*

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal centró el problema jurídico en determinar la clase de vínculo que existió entre el actor y la demandada y, si a este le asiste derecho al pago de las prestaciones reclamadas.

Refirió los artículos 22 y 23 del CST, el primero respecto a la definición del contrato de trabajo y el segundo, frente a los elementos esenciales de este; y aclaró que para que exista una relación laboral no es necesario la existencia de un contrato escrito, pues con que concurren los tres elementos, esto es, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia y un salario como retribución del servicio, se confirma la existencia del vínculo laboral.

Adicionalmente, precisó que la subordinación es el elemento primordial en la relación laboral y que, con la sola

presencia de este, basta para demostrarse la existencia del contrato de trabajo, dado que los otros dos elementos eran comunes a los contratos de prestación de servicios y de trabajo.

De otro lado, anotó que en el derecho del trabajo prima la realidad de los hechos independientemente de lo pactado entre las partes, o el nombre que se le haya dado a dicha relación. Seguidamente, citó el artículo 24 del CST, en el cual se establece la presunción de que toda relación de trabajo está regulada por un contrato de trabajo.

Precisó que, en cuanto a la prestación personal del servicio de los demandantes, el accionado Alejandro Páez Fernández en la contestación del libelo introductorio, confirmó que los mismos trabajaron como músicos en la orquesta Cat Blue en el Bar Bolero propiedad del Grupo Hotelero Mar y Sol S.A., lo cual también fue acreditado con los testimonios de los señores Rubén Darío Gómez Barraza y Alfredo Fernández Viejo.

Seguidamente el Tribunal manifestó que:

*[...] salta a la vista que el juzgador de primera instancia, apreció de manera inadecuada las probanzas obrantes en el informativo, pues dio por sentado la existencia de la prestación personal del servicio de los demandantes respecto de ALEJANDRO PÁEZ y negó esa misma circunstancia respecto a la sociedad demandada-GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.-, basándose para ello, en los interrogatorios de parte absueltos por los demandantes quienes al preguntárseles si en evento en que tuvieron que ausentarse por motivos de enfermedad o diligencia, los absolventes – RICARDO MARTÍNEZ JARAMILLO y OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA- alegaron el primero que enviaba un reemplazo y el otro que el reemplazo lo buscaba ALEJANDRO PÁEZ.*

Señaló entonces, que eran circunstancias excepcionales, pero que generalmente los servicios como músicos eran prestados por los demandantes, precisando que el demandado Alejandro Páez Fernández, era el encargado de buscar el personal para cubrir alguno de los músicos, lo que era una labor inherente a sus funciones como director.

Indicó que las declaraciones de los señores Alfredo Jiménez Viejo, Martha Consuelo Meza Acosta, Rubén Darío Gómez Barraza y Alberto Ortiz Beltrán son disímiles, por lo que se generaría un manto de duda frente a quién se encontraba subordinado el demandante; y agregó que, en las documentales obrante a folios 230, 231, 232 y 233 se encuentran los memorandos dirigidos al accionado Alejandro Páez Fernández, en los cuales se le realizaron los llamados de atención indicándole que la orquesta debía tocar pese a no haber clientes, la programación de horarios que debían cumplir y la suspensión de algunos turnos.

Señaló que entre los demandantes y el Grupo Hotelero Mar y Sol S.A. existió un contrato de trabajo, dado que la labor realizada por el demandado Alejandro Páez Fernández es propia de un director de orquesta, por lo cual no se le puede considerar como empleador de las demandantes; asimismo, manifestó que no es posible que en la tesis de la existencia de un contrato de prestación de servicios abordada por la demandada, se hayan expedido memorandos, lo cual da certeza del poder subordinante y la capacidad de

empleador del Grupo Hotelero Mar y Sol S.A. de impartir órdenes y exigir el cumplimiento de las mismas.

Aunado a lo anterior, citó los interrogatorios de parte absueltos por Alejandro Páez obrante a folio 286 a 288, Ricardo Martínez Jaramillo visto a folio 275, y el de Oscar Jiménez Miranda visto a folio 280, de los cuales consideró que el demandado Alejandro Páez Fernández no era un contratista en la relación existente entre los músicos y la empresa accionada; dado que en la existencia de un contrato de prestación de servicios, una persona natural es contratada para realizar una actividad la cual no debe ser subordinada; y al respecto, trajo a colación la sentencia CC C-154-97, en la cual la Corte Constitucional se pronuncia frente al contrato de prestación de servicios.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que se configuraron los 3 elementos constitutivos del contrato de trabajo, esto es, la prestación del servicio como músicos en la orquesta, la subordinación porque recibían órdenes y la remuneración como prestación del servicio, el *ad quem* consideró que entre los demandantes y la sociedad Grupo Hotelero Mar y Sol S.A., existió un contrato de trabajo y, que por su parte el demandado Alejandro Páez Fernández era director de orquesta, por lo que no se le puede considerar como empleador del actor.

Adicionalmente, argumentó que la tesis de la existencia de un contrato de servicios abordada por la demandada, no tenía asidero jurídico, dado que los documentos demuestran

el poder subordinante y la capacidad de empleador del Grupo Hotelero Mar y Sol S.A. de impartir órdenes y exigir el cumplimiento de las mismas, tales como los de folios 230, 231, 232 y 233.

Por otro lado, pese a no haber sido objeto de apelación, se refirió al fenómeno de la prescripción de las cesantías y sus respectivos intereses, citando la sentencia CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393; concluyendo que, dado que el contrato terminó el 16 de marzo de 2004 y la demanda fue presentada el 25 de mayo de ese mismo año, esto es tres meses después de haberse extinguido el vínculo laboral, ninguno de los auxilios de cesantías causado desde el 1º de septiembre de 1988 al 16 de marzo de 2004 se encuentran prescritos, de conformidad con el artículo 488 del CST, pero tal conclusión no podía tener efectos, como quiera que ese tema no fue apelado por la parte interesada e impedía modificar la sentencia de primera instancia.

Afirmó que, establecida la existencia de la relación laboral, debía detenerse en la viabilidad de las pretensiones perseguidas, indicando frente a la indemnización por despido, que el demandante Óscar Jiménez Miranda lo demostró, mientras que la demandada no logró acreditar que la terminación se produjo con justa causa, por lo cual estimó que tiene derecho a la indemnización correspondiente.

En cuanto a la indemnización moratoria, precisó la segunda instancia que quien ha acudido fraudulentamente a la utilización de la contratación, no puede acreditar la buena

fe en su actuar, por lo cual condenó al hotel a pagar la suma diaria de \$13.666 a partir de la fecha de terminación del contrato, hasta por 24 meses, y desde el mes 25 los intereses establecidos en el artículo 65 del CST.

De otro lado, ante el incumplimiento del pago del auxilio de cesantías, impuso la indemnización moratoria del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, correspondiente a *«un día de salario por cada año en que el derecho se causó y la empleadora persista en la mora, es decir, desde el 1 de septiembre de 1988 hasta el 16 de marzo de 2004»*.

Sobre los recargos nocturnos y horas extras, adujo el colegiado, que en los documentos aportados al proceso y de los testimonios rendidos, no se logró acreditar tales súplicas, pues era al demandante a quien le correspondía la carga de la prueba de dichas prestaciones.

Adicionalmente y en cuanto a los aportes a la seguridad social, precisó que cuando el contrato de trabajo ha terminado, no es posible afiliarse al trabajador ni aportar para cubrir los riesgos inherentes a la salud y a los riesgos profesionales.

Finalmente, frente a la pensión sanción deprecada, estimó que, dado que el actor no demostró que el contrato de trabajo cesó de manera unilateral y sin justa causa, no había lugar al reconocimiento de la pensión sanción, aunque

cumpla con los demás requisitos; esto es, haber laborado durante 10 y menos de 20 años y que el empleador no haya cumplido con la obligación de realizar los aportes a seguridad social. Sin embargo, consideró que el Grupo Hotelero Mar y Sol S.A. debía pagar al fondo elegido por el demandante, las cotizaciones que debieron realizarse durante el periodo de vigencia de la relación laboral.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

Interpuesto por la demandada Grupo Hotelero Mar y Sol S.A. concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

*Se pretende que la H. Corte Suprema de Justicia, sólo en relación con el actor OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA, CASE TOTALMENTE, la sentencia dictada por la Sala Laboral de Descongestión para los Tribunales Superiores del Distrito Judicial de Cartagena y Valledupar, y su sentencia complementaria dictada por el Tribunal Superior de Cartagena, numeral primero, para que en su lugar, en sede de instancia, revoque los numerales primero, segundo, tercero y quinto, absuelva de los conceptos allí contenidos y confirme el numeral cuarto.*

Como alcance subsidiario estableció:

*Si la H. Corte Suprema de Justicia no casa totalmente la sentencia del Tribunal de Descongestión de Santa Marta, en subsidio, solicito la casación parcial, en cuanto por su numeral tercero impuso condena por indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y en la sentencia complementaria se condenó a la indemnización moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para que, en sede de instancia, se confirme la absolución impartida por el Juzgado por estos conceptos.*

Con tal propósito formula tres cargos por la causal primera de casación, oportunamente replicados, cuyo estudio y decisión, por razones de método se hará inicialmente frente al primero y luego de ser necesario, lo demás.

## **VI. CARGO PRIMERO**

Acusa la sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990), 24, subrogado por el artículo 2º de la misma ley, 34, 35, 64, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002; 65, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 referida, y 249 del CST; y los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990.

Las transgresiones anteriores, afirma la censura, ocurrieron como consecuencia de los siguientes yerros fácticos:

- 1. Dar por demostrado, sin estarlo, que ALEJANDRO PÁEZ no fue el empleador de OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA.*
- 2. No dar por demostrado, estándolo, que ALEJANDRO PÁEZ fue el verdadero empleador de OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA.*
- 3. Dar por demostrado, sin estarlo, que OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA prestó servicios al GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.*
- 4. Dar por demostrado, sin estarlo, que entre el actor OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA y el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A., hubo contrato de trabajo.*

5. *No dar por demostrado, estándolo, que entre el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. y OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA no hubo contrato de trabajo.*

6. *Dar por demostrado, sin estarlo, que a favor del GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A., no había ningún elemento demostrativo que acreditara que actuó con buena fe.*

7. *No dar por demostrado, estándolo, que el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. actuó con buena fe.*

8. *No dar por demostrado, estándolo, que OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA y ALEJANDRO PÁEZ, conciliaron sus diferencias ante el Inspector de Trabajo de Cartagena.*

9. *Dar por demostrado, no estándolo, que la liquidación de cesantía de OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA, debía liquidarse con el sistema anual previsto en la Ley 50 de 1990 y, en consecuencia, que había lugar a imponer la indemnización moratoria al demandado.*

10. *No haber dado por demostrado, estándolo, que para efectos de liquidar la cesantía de OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA, debía tomarse el sistema tradicional, a la terminación del contrato de trabajo.*

Y por la errada valoración de los siguientes medios de convicción y piezas procesales:

1. *Demanda del actor OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA (Folios 1 a 4 C.2)*

2. *Contestación de la demanda por parte de ALEJANDRO PÁEZ FERNÁNDEZ (Folios 290 a 298 C2)*

3. *Contestación de la demanda por parte de GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. (Folios 60 a 68 C2).*

4. *Recurso de apelación del demandante. (Folios 466 y 467 C2)*

5. *Documentos suscritos por Mario Muvdi y Ricardo Arias (Folios 230, 233, en refoliado 5ª, 295 a 298)*

6. *Cuentas de cobro que pasaba ALEJANDRO PÁEZ al GRUPO HOTELERO MAR Y SOL (Folios 67 a 90 / 106 a 185 C1)*

7. *Solicitudes de aumento en nombre de la orquesta CAT BLUE (folio 91 a 96 C1)*

8. *Actas de conciliación celebradas entre el demandado ALEJANDRO PÁEZ y los actores en la Inspección del Trabajo de Cartagena (Folios 372 a 376)*
9. *Interrogatorio de parte rendido por RICARDO MARTÍNEZ JARAMILLO (folio 336 a 341 C1)*
10. *Interrogatorio de parte rendido por OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA (folio 344 a 350 C1)*
11. *interrogatorio de parte rendido por ALEJANDRO PÁEZ (folio 350 a 352 C1)*
12. *Testimonio de RUBÉN DARÍO GÓMEZ BARRAZA (folio 365 a 366 C1)*
13. *Testimonio de ALFREDO FERNÁNDEZ VIEJO (folio 389-395 y 402-404 C1)*
14. *Testimonio de MARTHA CONSUELO MEZA ACOSTA (folio 377 a 388 C1)*
15. *Testimonio de ALBERTO ORTIZ BELTRÁN (folio 404 y SS C1)*

Dice la censura, que como el *ad quem* en sus consideraciones adujo que Alejandro Páez no era el empleador del actor y en cambio sí el Grupo Hotelero Mar y Sol S.A., luego de estudiar la prueba documental, los interrogatorios de parte y la testimonial, las analizaría en el mismo orden.

Obran las cuentas de cobro que pasaba Alejandro Páez al Hotel Caribe (f.º 67 a 90 y 106 a 185 C1 - 70 a 91 y 101 a 289 C 2), «según cada una lo registra “por concepto de presentación de la ORQUESTA CAT BLUE en las instalaciones del Hotel”, en diferentes meses, con los soportes de pago a los que se aplicaba la retención en la fuente», lo que muestra una práctica que se mantuvo durante el tiempo en que permaneció vigente el contrato comercial y que descarta cualquier contrato de trabajo, pues no resultaría usual o

normal que el actor hubiera permanecido durante más de dieciséis años sin hacer reclamación a la empresa por salarios o prestaciones.

Señala que no hay dentro del expediente «*prueba que indique que el Hotel hizo algún pago, por cualquier concepto, a uno cualquiera de los demandantes, esto es, ni por contrato de servicios y menos por uno laboral, luego entonces no puede hablarse de remuneración alguna*». Además, que tampoco obra prueba que demuestre el monto de lo que Alejandro Páez le pagaba por sus servicios, demostrando que éste como dueño de la orquesta Cat Blue, era tan autónomo como independiente para cancelarles los servicios a los integrantes de su grupo musical.

Menciona que, si el hotel contrató comercialmente a Alejandro Páez para que su orquesta tocara en el Bar Bolero del hotel, les exigía un horario y buen comportamiento a los integrantes de su grupo musical, fue por ello que en algunos casos Mario Muvdi y en otros Ricardo Arias, jefe de alimentos y bebidas del Bar Bolero (f.º 295 a 299 C 1), le pasaron memorandos para que la orquesta tocara con clientes o sin ellos en el horario establecido, en distintos días de la semana y por eso, en el que aparece a f.º 299 se consignó:

*[...] como representante legal y director de la orquesta "CAT BLUE", su usual colaboración a fin de comunicar y velar porque las normas de disciplina sean respetadas por los integrantes de la orquesta a su cargo. Situaciones tan fáciles de prevenir, como la presentada el día sábado 12, de pleno conocimiento suyo, no solo restan calidad al sitio donde ustedes laboran, sino que a su vez demeritan el buen nombre que durante toda su trayectoria han sabido ganarse en el Hotel Caribe... Con esto solo queremos evitar*

*posibles inconvenientes y roces en las relaciones de trabajo entre los integrantes del grupo y las personas encargadas de la responsabilidad del manejo del Bar por parte del Hotel".*

Que de conformidad con el contenido anterior, queda claro que el hotel no era el empleador del demandante y por ello, cualquier queja la elevaba a su verdadero empleador Alejandro Páez, lo que hace inexplicable que el *ad quem*, al examinar tales documentos, dedujera la subordinación del actor, no con el señor Páez, sino equivocadamente con el Grupo hotelero demandado.

De otra parte, relieves la censura, se declaró la existencia del contrato de trabajo con el hotel, «*para lo cual olímpicamente aseguró que se daban los tres elementos constitutivos, y por ello citó la prestación del servicio, la subordinación y la remuneración, pero no indicó respecto de este último elemento, de qué prueba lo dedujo*», no obstante haber afirmado en sus consideraciones que tendría en cuenta todo el caudal probatorio, a pesar de lo cual no existe prueba de índole alguna que demuestre el pago al actor Óscar Jiménez Miranda de salario o remuneración por parte del hotel y por el contrario, el colegiado valoró las varias cartas que Alejandro Páez dirigió al hotel (f.º 91 a 96 C l), siempre «*a nombre de la orquesta CAT BLUE*» solicitando un aumento por distintos años y en diferentes porcentajes, que no fueron de aumento salarial, ni para personas naturales.

Destaca también que fueron mal valorados los tres interrogatorios que rindieron Alejandro Páez, el actor Ricardo Martínez Jaramillo y el otro demandante, Oscar Jiménez

Miranda, dado que en forma ligera se da total credibilidad a lo expresado por Alejandro Páez, *«cuando él, como demandando en este proceso, estaba interesado en salir bien librado, y para ello le era más fácil responsabilizar al Hotel por la contratación, y lo que es más importante, porque él también demandó al Hotel según lo advirtió su apoderado en su alegato (Folio 446 Cl)»*, además de que no podía interrogarlo el representante judicial del Hotel, por aquel tener el carácter de demandado; determinando que Páez Fernández era un simple director de orquesta, cuando, como ya se vio, era el empleador de los actores, a quienes contrató y les pagaba por los servicios ejecutados.

Recuerda la censura, que la conclusión sobre que Alejandro Páez era el empleador de los demandantes era ajustada, que dichos trabajadores acudieron ante la Inspección de Trabajo de Cartagena el 5 de marzo de 1993 (f.º 372, 373, 375 y 376 C 1), *«por la época en que supuestamente en este proceso aducen que trabajaban para el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL»*, y lo convocaron aduciendo que hacían parte del grupo musical *“BLUE CAT”* y en esa diligencia cada uno *«con idénticas palabras»* expresó *«que no presto servicios de subordinación contractual de trabajo con el señor ALEJANDRO PÁEZ FERNÁNDEZ, ni con las personas o entidades que como grupo prestamos nuestros servicios»*

De lo anterior, señala el impugnante se desprende que todos prestaron sus servicios sin subordinación, con absoluta independencia, memorando lo que respondió y

confesó el actor Ricardo Martínez Jaramillo en la diligencia de interrogatorio de parte a él formulado, de la que se concluye que:

*[...] claramente que los actores ejecutaban su labor con herramientas de su propiedad; el grupo prestaba sus servicios a diferentes empresas; el servicio no era prestado personalmente, pues cuando debía ausentarse por cualquier circunstancia podía mandar un reemplazo y él le pagaba a ese reemplazo; nunca reclamó al Hotel salarios ni prestaciones sociales; que con ALEJANDRO PÁEZ conciliaron ante el Ministerio del Trabajo, lo que demuestra que para los actores el empleador fue PÁEZ y no el Hotel. Todas esas circunstancias expuestas por este interrogado ponen de manifiesto que los actores prestaron sus servicios en forma independiente, el trabajo no fue siempre prestado personalmente y su empleador no fue el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.*

Y en cuanto al interrogatorio que rindió Óscar Jiménez Miranda (f.º 344 a 350 C 1), allí se reconoció que lo contrató Alejandro Páez, que éste era quien conseguía los reemplazos, y quien les pagaba la quincena, que nunca hicieron parte del pacto colectivo existente en la empresa, lo que era obvio dado que no fueron sus trabajadores.

Posteriormente el recurrente, manifestó que al haber quedado demostrados los yerros en la prueba calificada, se analizarían los testimonios que también fueron mal examinados por la segunda instancia, deteniéndose en el testimonio de Rubén Darío Gómez Barraza, quien fue jefe de seguridad del Hotel y cuya declaración fue tachada de falsa al haber demandado al hotel, (f.º 357 C 1).

Sobre el testimonio de Alfredo Fernández Viejo, recordó que éste manifestó que los demandantes «no eran empleados del Hotel Caribe, que a ellos no se les pagaba “nada”, que no

*estaban subordinados, que nunca reclamaron al Hotel, que no se les concedió vacaciones "porque no eran personal de la empresa" y que "nunca se les pagó dinero alguno"», y sin embargo, el ad quem de su declaración dedujo la prestación personal del servicio. Además, que dicho testigo expresó que no le constaba que los hubiera contratado Alejandro Páez, eso no descartaba que así hubiera sucedido, puesto que ello significaría haber estado presente al momento de la contratación y tampoco de sus expresiones podía inferirse que el Hotel, a través del señor Páez, le daba órdenes a los actores como lo señaló el juez plural, porque contrariamente, lo que dijo es que «los ejecutivos del Hotel nunca dieron órdenes directas a estos señores» (f.º 403 C 1).*

De la declaración de Martha Consuelo Meza Acosta, quedó claro que el hotel no les imponía reglas ni órdenes a los actores, ya que a quien se las exigía era al señor Alejandro Páez y, él era quien determinaba qué reglas deberían cumplir respecto a horarios, horas de ingreso o retiro y que quien recibía honorarios era el señor Alejandro Páez «*como representante del grupo musical*» (f.º 378).

Dijo el recurrente que el *ad quem* dio credibilidad a la declaración de Alberto Ortiz Beltrán (f.º 404), quien afirma haber trabajado un año con la orquesta CAT BLUE, y según su dicho, «*que quién le impartía órdenes en cuanto al horario, al responder ambiguamente que "ALEJANDRO PÁEZ a través del Hotel, él nos comunicaba a nosotros todas las decisiones que tomaba el Hotel*», pero obviando que también señaló que los músicos eran los dueños de sus instrumentos (f.º 407) y

que su hermano William Arial Ortiz también demandó al Hotel Caribe, lo que lo hacía poco creíble.

En relación con los yerros fácticos 6º y 7º, el Tribunal dio por sentado que el Hotel actuó fraudulentamente, cuando las pruebas demostraban lo contrario, puesto que aflora la buena fe con que actuó el Grupo MAR y SOL S.A., de la «*variada prueba documental y en los interrogatorios de parte ofrecidos por los actores*», que el hotel estuvo al margen de la contratación que Alejandro Páez realizaba con sus músicos, y que incluso llevó a una conciliación en la Inspección de Trabajo de Cartagena; todo ello corroborado por los testigos, quienes expresaron que fue Alejandro Páez el que los contrató, que este señor les pagaba por sus servicios, que decidía quien los reemplazaba cuando esa labor no se hacía en forma personal, y que actuaban con sus propios instrumentos, circunstancias que no solo desdibujan el contrato de trabajo, sino que ponen de manifiesto la buena fe del Hotel demandado y que deja sin fundamento la indemnización moratoria.

Sobre la condena el pago de la sanción por mora derivada de la falta de consignación de las cesantías, no se tuvo en cuenta que el actor «*supuestamente empezó a laborar el 1º de septiembre de 1988, época en que la cesantía se liquidaba al finalizar el contrato de trabajo y que en el caso de JIMÉNEZ MIRANDA, para que se le liquidara anualmente, como lo dispuso el parágrafo del numeral 2º del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, era necesario que comunicara por escrito*

*al empleador señalándole la fecha a partir de la cual se acogía», sin que exista escrito en ese sentido.*

Adicionalmente, otro yerro «*superlativo*», lo constituye el que tiene que ver con la ausencia del monto salarial devengado en los años 1989 a 2004, que no existió, en el que se condenó con base «*recuadro que no elaboró (folio 24 C.4)*», y luego en la sentencia complementaria, con desacierto mayor hiciera uno y de un lado impusiera la mora desde el día en que supuestamente Jiménez Miranda empezó a laborar, septiembre 1º de 1988, y no desde el 15 de febrero de 1989, «*con salarios imaginarios e inventados, porque obviamente no hay constancias ni manifestaciones de pagos salariales mensuales en los montos que aparecen en el cuadro que elaboró (folios 58 y 59 C.3) y que arrojaron la estrambótica suma de \$159.772.604 por dicho concepto*»; desconociendo la jurisprudencia de la Sala, sobre que cuando se ignora el salario mensual de un trabajador, se deben liquidar sus acreencias con el salario mínimo legal de la época.

## **VII. RÉPLICA**

Manifiesta que el alcance de la impugnación no fue claro, pues en el principal no se individualizaron las fechas de las providencias atacadas con recurso extraordinario, y la misma situación para el alcance subsidiario. Adicionalmente, que en el primero era confuso el Tribunal de Descongestión que profirió la sentencia gravada, «*ya que el memorialista lo precisa como “Sala Laboral de Descongestión para los Tribunales Superiores de Distrito judicial de*

*Cartagena y Valledupar*», cuando el nombre correcto era Sala Laboral del Tribunal de Descongestión de Santa Marta, como se indicó en el alcance subsidiario, lo que hacía «*impropero*» el recurso; trayendo en apoyo un aparte de la sentencia de fecha 28 de febrero de 1979, sin radicación.

Ya sobre el fondo de la acusación, expresa que no se discute la prestación personal del servicio por parte del actor y el pago que se le hacía al intermediario Alejandro Páez, debiéndose decir que quien pagaba los servicios que realizaba el señor Jiménez Miranda, no era otro que la sociedad demandada, quedando demostrado, que para cancelar ese valor se usó un tercero intermediario como la persona natural demandada, y era obligación del señor Páez indicarlo, como única forma legal de exonerarse, como efectivamente lo hizo en su interrogatorio; recordando algunos párrafos de la sentencia CSJ SL, 27 oct. 1999, rad. 12187.

Indica que del caudal probatorio se podía inferir que el señor Páez Fernández no impartía órdenes, tal como lo indicaron los testigos, Rubén Dario Gómez Barraza, Alberto Ortiz Beltrán y Martha Consuelo Meza Acosta, pues provenían de la sociedad demandada, configurándose la subordinación jurídica, de la que citó varias sentencias de la Sala.

Aduce que, del análisis de las pruebas testimoniales, se podía comprobar la presunción legal de subordinación consagrada en el artículo 24 del CST, y los otros dos

elementos del contrato de que consagra el artículo 23, que no fueron objeto de discusión en el debate procesal, apoyándose sobre la referida subordinación, en un párrafo de la sentencia CSJ SL, 16 dic. 1959, sin radicación.

Alega que no es cierto que la demandada haya actuado con buena fe, pues al observar la conducta que desplegó desde el inicio de la contratación, quedaba demostrado lo contrario, como quiera que *«siempre y durante toda la relación contractual trato de enmascarar el contrato de trabajo»*, a través del intermediario, al punto que habiéndose demandado al Grupo Hotelero MAR y SOL S.A., no se rectificó su conducta.

Afirma que la demandada sigue desgastando a los herederos del Señor Óscar Jiménez Miranda:

*[...] al continuar discutiendo sobre argumentos mendaces decisiones ajustadas a la ley; observe como es la conducta del casacionista quien pretende sobre a base de **pruebas no calificadas**, como son los testimonios, que según su dicho no fueron valorados, y se vale de otra argucia de mala fe, como es tratar de analizar y compaginar una declaración de parte del Señor RICARDO MARTÍNEZ JARAMILLO, que en el peor de los eventos solo podría beneficiarlo o perjudicarlo a él, sin embargo de forma astuta y desleal, trata de inducir en error a la corporación que usted como Honorable magistrado hace parte, y más grave es que cercena el dicho de la prueba testimonial, siendo esta una de carácter indivisible, la cual fue declarada probo o verdadera por los Jueces que la inmedianon.*

Seguidamente transcribió algunos apartes de la sentencia CSJ SL, 4 mar. 2015, rad. 46256.

Refiere también sobre la conciliación administrativa, que no se propuso como excepción de cosa juzgada, ni fue objeto de discusión en las instancias.

Agrega que tampoco era de recibo el supuesto error evidente de hecho, en el cual se indicaba que las cesantías debían liquidarse con el sistema tradicional, tema que no podía atacarse por la «*vía indirecta o causal primera*», artículo 23 de la Ley 16 de 1968, que copió, sino por la senda directa.

### **VIII. CONSIDERACIONES**

La acusación persigue que se determine si el Tribunal se equivocó, al concluir que entre la sociedad demandada y el señor Óscar Jiménez Miranda, en su condición de integrante del grupo musical Cat Blue, existió un contrato de trabajo realidad.

La censura, dada la senda de ataque por la que se encauzó el cargo, obliga a la Corte a descender a la plataforma probatoria, con el fin de comprobar si se incurrió por el *ad quem* en los dislates fácticos de entendimiento que se le han endilgado.

1. Documentos suscritos por Mario Muvdi y Ricardo Arias (f.º 230, 233, en «*refoliado 5ª*», 295 a 298).

Lo siguiente fue lo que argumentó el recurrente sobre dichas pruebas:

*No hay dentro del expediente prueba que indique que el Hotel hizo algún pago, por cualquier concepto, a uno cualquiera de los demandantes, esto es, ni por contrato de servicios y menos por uno laboral, luego entonces no puede hablarse de remuneración alguna; además, porque tampoco obra prueba que demuestre el monto de lo que ALEJANDRO PÁEZ les pagaba a los actores por sus servicios. Este, como dueño de la orquesta CAT BLUE, era tan autónomo como independiente para cancelarles los servicios a los integrantes de su grupo musical.*

*Naturalmente que si el Hotel contrató comercialmente a ALEJANDRO PÁEZ, para que su orquesta tocara en el Bar Bolero del Hotel, les exigiera un horario y buen comportamiento a los integrantes de su grupo musical. Por ello fue que en algunos casos Mario Muvdi y en otros Ricardo Arias, jefe de alimentos y bebidas del Bar Bolero (Folios 295 a 299 Cl), le pasaron memorandos para que la orquesta tocara con clientes o sin ellos en el horario establecido, en distintos días de la semana. Es tan claro este hecho, que en el que aparece a folio 299 se le dirige “como representante legal y director de la orquesta “CAT BLUE”, su usual colaboración a fin de comunicar y velar porque las normas de disciplina sean respetadas por los integrantes de la orquesta a su cargo. Situaciones tan fáciles de prevenir, como la presentada el día sábado 12, de pleno conocimiento suyo, no solo restan calidad al sitio donde ustedes laboran, sino que a su vez demeritan el buen nombre que durante toda su trayectoria han sabido ganarse en el Hotel Caribe... Con esto solo queremos evitar posibles inconvenientes y roces en las relaciones de trabajo entre los integrantes del grupo y las personas encargadas de la responsabilidad del manejo del Bar por parte del Hotel”.*

*Los términos del memorando anterior claramente enseñan que el Hotel no era el empleador de los demandantes y por ello cualquier queja la elevaba a su verdadero empleador ALEJANDRO PAEZ. Por eso no resulta explicable que el ad quem, al examinar estos documentos, dedujera la subordinación de los actores, no con PAEZ, sino equivocadamente con el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A.. Si en verdad, aquellos, como integrantes de la orquesta CAT BLUE, hubieran sido trabajadores del Hotel, para evitar roces con sus trabajadores, pues éste directamente les hubiera pasado memorando a ellos. Aquella apreciación equivocada de tales documentos, lo condujo a considerar que entre el Hotel y los actores hubo contrato de trabajo.*

Al revisar la Corte las documentales denunciadas, estima pertinente relieves a efecto del análisis y entendimiento de las que aparecen en los folios 295 a 298, el contenido íntegro del que reposa en el folio 299 cuyo texto es el siguiente:

PARA Sr. ALEJANDRO PÁEZ DE: ALIMENTOS Y BEBIDAS

*Por medio de la presente quiero solicitar a Ud. como representante legal y director de la orquesta "Cat Blue", su usual colaboración a fin de comunicar y velar porque las normas de disciplina sean respetadas por los integrantes de la orquesta a su cargo. Situaciones tan fáciles de prevenir, como la presentada el día Sábado 12 de pleno conocimiento suyo, no sólo le restan calidad al sitio donde ustedes laboran, sino que a su vez demeritan el buen nombre que durante toda su trayectoria han sabido ganarse en el Hotel Caribe.*

*Por estos motivos sugerimos a Uds. evitar la visita de acompañantes durante su horario de trabajo, y en casos extremos, que éstas sean atendidas en el área reservada para el grupo y nó (sic) en las áreas destinadas para la atención de los clientes.*

*Igualmente reiteramos el compromiso que tenemos con nuestros clientes de cumplir con los horarios de las tandas musicales dentro del tiempo establecido, a menos que existan circunstancias especiales que sean previstas de común acuerdo con el Capitán encargado del servicio del Bar Bolero. Con esto (sic) sólo queremos evitar posibles inconvenientes y roces en las relaciones de trabajo entre los integrantes del grupo y y (sic) las personas encargadas de la responsabilidad del manejo del Bar por parte del Hotel.*

Atendiendo el contenido de la comunicación acabada de referir, de ella la Sala encuentra evidencia de lo siguiente: i) que el señor Alejandro Páez Fernández a quien se le dirige la misiva en cuestión, es el «representante legal y director» de la orquesta Cat Blue, que se recuerda es la que presta sus servicios musicales al hotel demandado; ii) que el hotel a través de dicha comunicación, se dirige a él con el fin de que comunique y vele «porque las normas de disciplina sean respetadas por los integrantes de la orquesta»; iii) que dicha solicitud se formula por la visita de acompañantes de los músicos, por lo que se le «sugiere» sean atendidos en el área destinada para la orquesta y no en otras; iv) que las tandas musicales deben ejecutarse en los horarios establecidos y; v)

que se quiere evitar posibles inconvenientes y roces en las relaciones de trabajo, *«entre los integrantes del grupo y y (sic) las personas encargadas de la responsabilidad del manejo del bar por parte del Hotel».*

De lo anterior, para la Sala es claro que quien tenía la relación jurídica directa con los músicos demandantes, a través de la orquesta Cat Blue, que prestaba sus servicios al hotel demandado, era el codemandado Alejandro Páez y por ello, la sociedad accionada, a él se le dirige y sugiere, comunicar y velar por las normas de disciplina con miras a evitar inconvenientes entre los trabajadores del bar del hotel y quienes están bajo su responsabilidad en la orquesta mencionada, como lo es el demandante; que de haber sido trabajador dependiente de la demandada el hotel, simplemente hubiera ejercido el poder subordinante imponiendo los correctivos del caso y no habría acudido a un tercero para pedirle *«su usual colaboración»* en comunicar a los integrantes del grupo musical lo sucedido, que velara por las normas de disciplina y sugerirle evitar la visita de acompañantes; todo para prevenir contratiempos entre los trabajadores del hotel y las personas que estaban a cargo del señor Páez a través de la orquesta Cat Blue.

Por manera que, cuando el Tribunal concluyó que *«en realidad si existía un contrato de trabajo entre los demandantes y el GRUPO HOTELERO MAR Y SOL S.A. y por su parte el señor ALEJANDRO PÁEZ FERNÁNDEZ, lo que realizaba era una labor propia de director de orquesta por lo que no se puede considerar que este último era empleador de*

*los demandantes*» (f.º 15 expediente de segunda instancia), y así negó la existencia del contrato de prestación de servicios que alegó la accionada, por haberse expedido por ella los memorandos de folios 230 a 233, que hoy son los folios 295 a 298, que según la alzada dan cuenta del poder subordinante y la capacidad del empleador de impartir órdenes y exigir el cumplimiento de las mismas apreció equivocadamente el contenido de dichos documentos, al hacerlo no solo en forma aislada, sino descontextualizada de la verdadera razón de su contenido.

Ciertamente, de folios 295 a 298 reposan los comunicados adiados 6 y 8 de julio de 1994 y 14 de mayo de 1997, respectivamente, por medio de los cuales en el primero, que remite la sección de alimentos y bebidas de la demandada al señor Alejandro Páez, por medio del cual se le pone en conocimiento la queja que se ha recibido de la gerencia general del hotel, relacionada con el hecho de que exista o no clientes en el Bar Bolero, la orquesta siempre debe estar desarrollando su actividad, *«cumpliendo el horario estipulado en el contrato»*; refiriéndose al objeto del contrato civil, señalándole al destinatario señor Páez que: *«Esperamos que tome atenta nota de la anterior situación, con el fin de que no se vuelva a presentar»*. El segundo, de similares características, solicitándole al director de la orquesta el estricto cumplimiento del horario programado para la presentación del grupo musical; y los dos siguientes recordando la programación de fin de semana y su horario, así como la suspensión de un evento musical.

Si como ya se dejó establecido, el demandado Alejandro Páez era quien tenía la relación contractual con el demandante, por ser él el director de la orquesta Cat Blue que prestaba sus servicios en el bar Bolero del hotel demandado, eso explica por qué las comunicaciones sobre la forma de ejecutar la labor de la orquesta para el hotel accionado, se dirigían siempre a quien naturalmente ostentaba la condición de director de dicha banda musical, o por qué a través de él se le hacían sugerencias sobre la disciplina de los músicos en desarrollo de sus actividades y naturalmente, los horarios en los que debían prestar sus servicios.

Entonces, con la valoración objetiva que ha hecho la Corte de los documentos de folios 295 a 299, resulta equivocada la conclusión del Tribunal de que era el hotel accionado el verdadero empleador del demandante, incurriéndose en el yerro valorativo del que se le acusó.

Se suma a lo anterior, que en verdad no existe ningún medio de prueba que acredite, como lo estableció la segunda instancia, pago alguno efectuado por el hotel demandado directamente al accionante, como para haber concluido que se trataba del salario, (f.º 18 primer inciso, cuaderno de segunda instancia).

Pero si alguna duda queda sobre el éxito de esta acusación, basta remitirse a las documentales que obran a folios 372, 373, 375 y 376 del cuaderno principal, en las que reposan las actas de conciliación administrativa efectuada

en la división departamental de trabajo y seguridad social de Bolívar, el día 5 de marzo de 2003, entre los señores Ricardo Martínez y Óscar Jiménez Miranda con el señor Alejandro Páez Fernández, en la que el hoy demandante expresa, sobre la relación que lo vinculó con éste último:

*Yo, soy integrante del Grupo Musical "BLUE CAT" cuyo director musical y encargado de las contrataciones (sic) es el señor Alejandro Páez Fernández siempre he entendido que formó un grupo o Conjunto Unificado, que nos agrupamos para realizar nuestra actividad, la cual no podemos hacer independientemente, por ello entiendo que no nos llega ningún (sic) vínculo laboral con el señor Alejandro Páez Fernández y que simplemente por cuestiones de organización el está al frente de nosotros de (que) todo lo que tiene que ver con la agrupación, así como también entiendo que no prestó servicios de subordinación contractual de trabajo con el señor Alejandro Páez Fernández, ni con las personas o entidades que como grupo prestamos nuestro servicios.*

*En consecuencia de ello, el señor Alejandro Páez Fernández no me adeuda suma alguna por ningún concepto, como sueldo o prestaciones sociales, ya que siempre me ha cancelado las sumas de dinero que hemos pactado por nuestras actuaciones que vienen desde tiempo atrás hasta el 31 de Enero de 1.993 ya que desde esta fecha celebramos para una mayor organización, contrato con una sociedad movida por los mismos principios; o sea de prestación de Servicios Profesionales en el Ramo de la Música en forma independiente. (Subraya la Corte).*

Para la Sala es inequívoco, de conformidad con el contenido de la prueba documental transcrita y resaltada, que la vinculación que tuvo el demandante con la sociedad accionada, no fue regida por un contrato de trabajo y que si bien quien recibí los servicios de la orquesta era el hotel demandado, la presunción legal de la existencia de una relación laboral, que pudo surgir, quedó suficientemente desvirtuada con el elenco probatorio que se ha analizado y que denunció con acierto la censura.

2. Cuentas de cobro que pasaba Alejandro Páez al Grupo Hotelero MAR y SOL (f.º 67 a 90; 106 a 185 cuaderno 1).

En línea con lo acabado de expresar, las cuentas de cobro materia de estudio, precisamente informan que era el demandado solidario Alejandro Páez quien cobraba a la sociedad demandada por los servicios que la orquesta Cat Blue, en desarrollo del vínculo que unía al señor Páez con el hotel, prestaba en las instalaciones de la sociedad accionada; lo que es concordante con la condición precedentemente referida, de director del grupo musical, por ende, a quien pagó la pasiva honorarios fue al mencionado señor Páez, pero no al demandante, que es lo que motivó a que se señalara la incoherencia del Tribunal al deducir, sin aludir a fundamento alguno, que existió un contrato de trabajo con el actor y el hotel.

3. Interrogatorios de parte rendidos por los demandantes Ricardo Martínez Jaramillo (f.º 336 a 341 cuaderno 1), y Óscar Jiménez Miranda (f.º 344 a 350 cuaderno 1), así como del codemandado Alejandro Páez (f.º 350 a 352 cuaderno 1).

Como en efecto lo relievaa la recurrente, el *ad quem* valoró en forma errada el interrogatorio de parte del demandado Alejandro Páez, dado que éste con sus respuestas, terminó construyendo su propia prueba que le eliminaba la responsabilidad perseguida por el demandante, al señalar que la condición de empleador la tenía el hotel y

no él, lo que indudablemente terminó por favorecerlo, puesto que con su dicho y al darle pleno valor, eliminó de plano la posibilidad de que se hubiera declarado la presunción de contrato con el señor Alejandro Páez; máxime si quedó evidenciado que el actor formó parte del grupo musical que éste dirigía, lo cual muestra que no hay confesión que le favorezca en los términos sugeridos por la censura.

Sobre el interrogatorio de parte que rindió el demandante Óscar Jiménez Miranda, (f.º344 a 353), de él se establece que quien lo contrató fue el demandado solidario Alejandro Páez y que la relación era con este accionado como director de la orquesta y no con el hotel, e incluso que el pago lo hacía el hotel al señor Páez, quien les pagaba a ellos, aspecto éste que ratifica que nunca hubo un pago por parte de la pasiva al citado demandante como lo señaló la censura, a propósito de la declaratoria de existencia de contrato de trabajo entre el actor y la sociedad hotelera demandada.

Adicionalmente, al ser cuestionado por el abogado del demandado solidario, sobre quién pagaba los servicios por él prestados y encabezar su pregunta afirmado que era cierto, el absolvente señaló: «*Si nos pagaba el GRUPO HOTELERO por intermedio del señor ALEJANDRO PÁEZ*», respuesta de la cual se reafirma que era a través del señor Páez que la empresa accionada, previa presentación de las cuentas de cobro ya analizadas, pagaba al referido demandado solidario y éste hacía lo propio con los integrantes del grupo; sin que haya evidencia, como lo quería fabricar la parte demandada solidariamente, de que los pagos los hizo directamente la

sociedad demandada al actor, que fue lo que como ya se señaló, dedujo erradamente el *ad quem*, al concluir que había existido un contrato de trabajo al estar también probado el pago hecho por la pasiva, cosa que jamás se acreditó, muy a pesar de los intentos para hacer como si hubiera ocurrido.

Igualmente, que además en caso de que no pudiera asistir a trabajar, por enfermedad o diligencias que tenía que hacer, era el señor Páez quien buscaba su reemplazo; todo lo cual demuestra que el servicio no estaba contratado para ser prestado exclusivamente por el actor, es decir, *intuite personae*, que es uno de los elementos característicos del contrato de trabajo; lo que demuestra que no era de la esencia del convenio existente que el accionante prestara el servicio personalmente, sino que lo era la presentación de una agrupación musical completo.

En lo que tiene que ver con el interrogatorio de parte de Ricardo Martínez Jaramillo, como este demandante fue excluido de la litis no se analizará.

Como hasta lo aquí dicho, quedan establecidos los hechos fácticos endilgados al Tribunal, los cuales son ostensibles, por lo que se pasa al análisis de la prueba no calificada denunciada en casación, esto es, los testimonios de Rubén Darío Gómez Barraza (f.º 354 a 362 cuaderno 1), Alfredo Fernández Viejo (f.º 389-395 y 402-404 del mismo cuaderno), Martha Consuelo Meza Acosta (f.º 377 a 388 cuaderno 1) y Alberto Ortiz Beltrán (f.º 404 y SS cuaderno principal), declaraciones que se valorarán a continuación:

a. Rubén Darío Gómez Barraza (f.º 365 a 366 cuaderno 1).

En sus declaraciones, este testigo pone de presente varios aspectos que le constan por virtud de la función que como supervisor general de seguridad desempeñó en la pasiva, y que percibía al «*pasar revista*», como por ejemplo, el de conocer al actor, igualmente el grupo musical donde éste tocaba, los lugares donde hacían sus presentaciones, el director del grupo, etc. Sin embargo, en relación con el conocimiento de hechos específicos y determinantes sobre las circunstancias de modo a través de las cuales prestó los servicios en la orquesta y a través de ella en varias locaciones del hotel demandado, no era posible que brindara mayor información por esa misma circunstancia relativa a las funciones ejercidas por él.

De hecho cuando éste afirma que las órdenes que él debía hacer cumplir como supervisor de seguridad al interior del hotel, fueron emitidas por la gerente o la jefe de personal del mismo, se refiere precisamente a las que de manera general debe observarse por todas las personas que están al interior del establecimiento hotelero, pero en manera alguna a aquellas particulares y propias que se derivan del ejercicio del poder subordinante; porque como ya se vio, el deponente no podía conocer el detalle de las mismas, de haber existido, porque no tenía contacto directo, cercano y permanente con el actor, la orquesta, su director, la gerencia u otras dependencias, como para ilustrar con conocimiento de

causa las relaciones que tenía el hotel con el grupo musical y menos específicamente con el actor.

A lo anterior, se suma el hecho relevado por la recurrente, de que, en efecto, el declarante demandó a la sociedad accionada laboralmente, aspecto que naturalmente le resta imparcialidad a su dicho y más aún si su versión es contraevidente; v. gr. sobre quien remuneraba al actor, que como quedó demostrado no fue el hotel, sino el codemandado Alejandro Páez.

b. Alfredo Fernández Viejo (f.º 389-395 y 402-404 del cuaderno 1).

En esta declaración, se evidencia que el deponente en forma inequívoca señaló sin dubitación que el demandante no era empelado del hotel, que esa entidad no le reconocía pago alguno al demandante, que no estaba subordinado a ningún empleado de la pasiva, que a él lo contrató el codemandado Alejandro Páez, que podía ser reemplazo en cualquier momento por el director del grupo musical, que además nunca se le reconocieron vacaciones ya que no eran «*personal de la empresa*» y que el actor no estaba afiliado a seguridad social, pero los demás trabajadores de la accionada si lo estaban, versión que le da certeza a la Sala por el amplio conocimiento que tenía el declarante de la demandada y los pormenores de su actividad, al haber sido además miembro de su junta directiva, dejando en claro que no existió relación laboral contractual con el accionante, al lograr desvirtuar la presunción legal de existencia de

contrato de trabajo, que por cierto dedujo el *ad quem*, de la prestación del servicio a que se refirió el declarante, soslayando en su integridad las demás respuestas que ilustraban en forma amplia las condiciones en que prestaba servicios el actor.

c. Martha Consuelo Meza Acosta (f.º 377 a 388 cuaderno 1)

Es verdad que de conformidad con esta declaración rendida por la jefe de recursos humanos de la demandada, se ratifica que al demandante lo contrató el codemandado Alejandro Páez; que el hotel no reconocía suma alguna por los servicios que el demandante prestaba con el grupo musical, sino que se los pagaba directamente al director de la orquesta, al punto que incluso dichos honorarios los cruzaba el hotel cuando el mencionado director realizaba fiestas de celebración de cumpleaños de su hijas; y que no era indispensable que al actor prestara sus servicios en el grupo musical, por cuanto el señor Páez podía reemplazarlo por otro sin autorización o intervención del hotel, a más de que manifestó que el actor nunca fue parte de la nómina de la pasiva; que entre la demandada y el director de la orquesta Alejandro Páez, lo que existió fue un contrato de prestación de servicios y que jamás se le impartieron órdenes y por eso no se les aplicaba el reglamento interno de trabajo.

La posición funcional de la declarante en la empresa demandada, le permite conocer ampliamente la forma en que las personas vinculadas al hotel prestaban sus servicios, motivo por el cual su dicho merece plena credibilidad a pesar

de la tacha efectuada, que se funda en la vinculación laboral existente con la pasiva, circunstancia que antes de enervar la credibilidad de su dicho, lo fortalece, precisamente por ese conocimiento permanente y detallado que tenía sobre el manejo de las relaciones laborales al interior de la accionada como jefe de recursos humanos y en general de todas las personas que prestaban servicios al hotel como contratistas o empleados del mismo.

Es por lo anterior, que dicha declaración es conteste con lo que se concluyó de las anteriores declaraciones, reafirmando la inexistencia de un contrato de trabajo entre el actor y la sociedad hotelera demandada.

d. Alberto Ortiz Beltrán (f.º 404 y SS cuaderno principal).

Esta declaración, al igual que las anteriores, ponen de relieve que quien contrató los servicios del actor fue el señor Alejandro Páez; que las órdenes las impartía éste, «*a través del hotel*» y además que el declarante reconoce que en el hotel: «*todas las cosas eran a través de ALEJANDRO PAEZ*», incluso el pago quincenal que recibía en efectivo del mencionado director, quien además «*era el representante de todas las decisiones que el grupo tomaba*»; y que era el director de la orquesta el que buscaba los reemplazos de los músicos, lo que itera que no era de la esencia del convenio existente que el accionante prestara el servicio personalmente, sino que lo era la presentación de una agrupación musical; aspectos que confirman que entre la pasiva y el actor como ya se ha demostrado, no existió

contrato de trabajo, máxime si como erradamente lo dedujo sin prueba el *ad quem*, no se acreditó el pago del salario u honorarios por parte de la sociedad demandada y por el contrario sí, que quien realizaba tales pagos era el director del grupo musical, lo que coincide con las anteriores declaraciones ya analizadas y demuestran los yerros en los que incurrió el Tribunal sobre la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la sociedad hotelera demandada.

Dado el resultado exitoso de la primera acusación, la Corte se abstendrá de estudiar los demás cargos, como quiera que tienen que ver con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y la indexación de las condenas fulminadas, que suponen inexorablemente la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada, que como se definió no existió.

## **IX. SENTENCIA DE INSTANCIA**

Con las consideraciones vertidas en el estadio casacional, la Corte responde cada una de los escritos de apelación que fueron formulados por las partes de actora compuesta por el señor Oscar Jiménez Miranda, como quiera que el otro demandante, Ricardo Martínez Jaramillo desistió del recurso de apelación inicialmente interpuesto, desistimiento aceptado por auto del 19 de enero de 2010 (f.º8 y 9 cuaderno).

Con los racionios que la Corte refirió en el estadio casacional, sobre la inexistencia del contrato de trabajo, quedan resueltos y de paso denegados los reparos que la parte actora formuló con la alzada, relativas a que se

concedieran las pretensiones contenidas en los numerales 5 a 10 del acápite pertinente de la demanda inaugural del proceso (f.º 466 primer cuaderno), que versan sobre las condenas a horas extras y recargos nocturnos, indemnización por despido injusto, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, pensión sanción o en su defecto el bono pensional, las cotizaciones al sistema general de salud y riesgos laborales y la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, puesto que para que ellas pudieran llegar a tener vocación de prosperidad, era necesario previamente que se hubiera declarado la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la parte pasiva y, como ello no ocurrió al quedar desvirtuada la presunción legal del contrato de trabajo prevista en el artículo 24 del CST, según la cual: *«Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. No obstante, quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en 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 1º de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada»*, no salen por tanto airosos tales reparos.

Por el contrario, respecto de las apelaciones de las demandadas, ambas buscaban en esencia enervar la declaratoria de un contrato de trabajo y por ello, con lo que sobre ese particular se expresó actuando la Corte como Tribunal de casación, resulta suficiente para acceder a lo

pretendido en dichos recursos y en tal virtud se revocará la sentencia de primer grado proferida por el juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, adiada 16 de abril de 2008, respecto de sus numerales primero, segundo, tercero y quinto, para en su lugar absolver al Hotel accionado y al demandado en solidaridad, señor Alejandro Páez Fernández de dichas súplicas y confirmando el numeral cuarto.

Igualmente, por las resultas del proceso se declararán probadas las excepciones de inexistencia de derecho a pedir, inexistencia de la obligación que se reclama y carencia del derecho para demandar interpuestas por la sociedad Grupo Hotelero Mar y Sol S.A.; así como, la de cobro de lo no debido propuesta por el demandado en solidaridad, Alejandro Páez Fernández.

Sin costas en segunda instancia por no haberse causado y las de primer grado, quedarán a cargo de la parte vencida, que lo fue el demandante Óscar Jiménez Miranda.

## **X. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el veintisiete (27) de septiembre de dos mil doce (2012), que se complementó el 8 de abril de 2014, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **OSCAR JIMÉNEZ MIRANDA** y otro, contra la sociedad **GRUPO**

**HOTELERO MAR Y SOL S.A.** y solidariamente contra  
**ALEJANDRO PÁEZ FERNÁNDEZ.**

En sede de instancia **RESUELVE:**

**PRIMERO. REVOCAR** la sentencia de primer grado proferida por el juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, adiada 16 de abril de 2008, respecto de sus numerales primero, segundo, tercero y quinto, para en su lugar absolver a la sociedad Grupo Hotelero Mar y Sol S.A. y al demandado en solidaridad, señor Alejandro Páez Fernández de dichas súplicas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** el numeral cuarto de la sentencia de primer grado proferida por el juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, adiada 16 de abril de 2008.

**TERCERO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de derecho a pedir, inexistencia de la obligación que se reclama y carencia del derecho para demandar interpuestas por la sociedad Grupo Hotelero Mar y Sol S.A.; e igualmente, la de cobro de lo no debido propuesta por el demandado en solidaridad, Alejandro Páez Fernández.

Costas como se señaló en precedencia.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO**

**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**ERNESTO FORERO VARGAS**