



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1



ERNESTO FORERO VARGAS

Magistrado ponente

SL5220-2019

Radicación n.º 63443

Acta 42

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el **FONDO DE INVERSIONES DE OPORTUNIDADES INMOBILIARIAS S.A -INVERFONDO S.A.-** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 21 de marzo de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró la señora **ELIZABETH NIÑO SOLANO** contra el recurrente.

I. ANTECEDENTES

Elizabeth Niño Solano llamó a juicio al Fondo de Inversiones de Oportunidades Inmobiliarias S.A., con el fin de que se declare que estuvo vinculada a través de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de marzo de 2008 hasta el 30 de junio de 2010, de igual manera, que el último salario mensual devengado al servicio de la sociedad ascendió a la suma de \$3.500.000 y que fue despedida sin justa causa, haciéndose acreedora a la indemnización por la terminación del contrato.

En consecuencia, solicitó se condene a la demandada a reconocer y pagar la liquidación de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones causadas durante los años 2008, 2009 y la proporción correspondiente al año 2010, a su vez, el pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, la sanción contemplada en el artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990 por no consignar el auxilio de cesantía, la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, consagrada en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que modificó el artículo 65 del CST, de igual manera, se ordene la indexación de las sumas reconocidas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, y finalmente el pago de las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que laboró al servicio de la sociedad Inverfondo S.A. a partir del 4 de marzo de 2008 hasta el 30 de junio de 2010, mediante un contrato verbal de prestación de servicios con una

duración indefinida; sin embargo, manifestó que la realidad contractual era distinta debido al cumplimiento de horarios y órdenes a cambio de una remuneración, la cual era entregada quincenalmente.

Comentó que el último cargo fue el de abogada, desempeñando funciones tales como representar a la accionada en los procesos hipotecarios, revisar los procesos ejecutivos hipotecarios en juzgados civiles del circuito y/o municipales para posible compra de derechos de crédito de la empresa, de acuerdo con un listado que para tal fin le entregaba el empleador, realizar trámites procesales, seguimiento de los procesos en los juzgados durante todos los días de la semana, de 8 a.m. a 5 p.m., así mismo, asistir todos los lunes a comités para la asignación de tareas y los jueves a verificación del cumplimiento de las mismas, agrega que, realizaba visitas y adelantaba gestiones ante la oficina de registro de instrumentos públicos y ante la oficina de Catastro y visitas los fines de semana a los propietarios de los inmuebles rematados, así como la elaboración de «*grafos*» (cuadro del tiempo estimado) de cada uno de los procesos.

Indicó que la jornada de trabajo era de lunes a viernes, de ocho de la mañana a siete de la noche, prolongándose el día jueves hasta las nueve de la noche; en algunas ocasiones laboró los días sábados y domingos, señaló, que el lugar de trabajo determinado por las partes fue en las instalaciones de la sociedad, así como los juzgados.

De otra parte, mencionó que su salario promedio mensual reconocido inicialmente por la demandada, a partir del 4 de marzo de 2008 fue la suma de \$2.500.000, el cual estaba compuesto por una asignación básica de \$1.000.000 y de manera adicional, \$1.500.000 por el cumplimiento de metas, las cuales fueron alcanzadas durante todos los meses; adicionó que en el año 2009 su salario promedio fue de «\$3.500.000» con una asignación básica de \$1.500.000, más la misma suma por el cumplimiento de metas. Finalmente indica que en el año 2010 recibió como remuneración la suma de «\$3.500.000» con una asignación básica de \$2.200.000 y una adicional de \$1.000.000.

Agregó que las metas de las que dependían sus ingresos variaban, pero normalmente el empleador las cancelaba bajo los conceptos de realización de diligencias de remate, entrega de los inmuebles y ventas de los mismos, señaló, que dichos salarios eran consignados en algunas ocasiones en su cuenta de ahorros y otros se los cancelaba en efectivo.

Manifestó que recibió órdenes de manera permanente por parte de los representantes legales de Inverfondo S.A, señores José Fernando Soto, quien era el jefe inmediato y Andrés Castañeda, las cuales eran impartidas en los comités realizados los días lunes de cada semana; alude que en el año 2010 empezó sus estudios de posgrado de lunes a viernes de siete a nueve de la mañana, motivo por el que solicitó los respectivos permisos y aunque se los concedieron, con posterioridad el señor Soto García, le solicitó reponer el

tiempo dejado de laborar, *«es decir, completar sus tareas los fines de semana»*.

Añadió que la sociedad Fondo de Inversiones De Oportunidades Inmobiliarias S.A nunca la afilió ni realizó los aportes al sistema integral de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales de los años 2008, 2009 y 2010, lo cual generó un perjuicio en su expectativa pensional y que tampoco le pagó a la terminación del contrato de trabajo, las vacaciones causadas, que no la afilió a un fondo de cesantías, motivo por el que no le consignó el auxilio de cesantía ni los respectivos intereses durante el año 2008, 2009 y 2010.

Finalmente, expresó que el día 30 de junio de 2010 al arribar al sitio de trabajo los señores José Fernando Soto y Andrés Castañeda quienes *«le informaron que hasta ese día trabajaría»* sin que le invocaran una justa causa; resaltó que hasta la fecha de presentación de la demanda no se le ha cancelado la liquidación de prestaciones sociales adeudada.

Al dar respuesta a la demanda la accionada se opuso a la totalidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, dio por cierto lo concerniente a la existencia de un contrato verbal pero de prestación de servicios, y parcialmente cierto lo relacionado con las actividades que desempeñaba la demandante en forma independiente, como las revisiones de procesos ejecutivos hipotecarios, que eventualmente se ofrecía a revisar procesos para la compra de derechos de crédito, pero sin la existencia de una subordinación laboral.

Respecto de la asistencia a los comités realizados los días lunes y jueves, advierte que dichas reuniones eran esporádicas y no de carácter obligatorio, ya que muchas veces la convocante se presentaba en las instalaciones, pero a rendir informes de su gestión profesional y era quien establecía el día y la hora. Finalmente indicó respecto a los «grafos» de los procesos, que la actora rendía informes por vía telefónica o correo electrónico. Sobre los demás hechos, manifestó que no eran ciertos, no le constaban o eran falsos.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó: inexistencia del contrato de trabajo; cobro de lo no debido; buena fe del demandado; cobro de lo no debido por ausencia de causa; buena fe; prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 21 de septiembre de 2012, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora ELIZABETH SOLANO E INVERFONDO S.A con vigencia desde el día 4 de marzo de 2008 y hasta el 30 de junio de 2010 conforme lo motivado.

SEGUNDO: ORDENAR al demandado INVERFONDO S.A a pagar a la demandante ELIZABETH NIÑO SOLANO las siguientes sumas de dinero por los conceptos que se indican a continuación:

a)- Por la suma de siete millones ciento cincuenta y cinco mil quinientos cincuenta y cinco pesos (\$7.155.555) por concepto de auxilio de cesantía.

b)- La suma de seiscientos ochenta y nueve mil seiscientos noventa y un pesos (\$689.691) por concepto de intereses a las cesantías.

c)- La suma de siete millones ciento cincuenta y cinco mil quinientos cincuenta y cinco pesos (\$7.155.555) por concepto de prima de servicios.

d)- La suma de tres millones novecientos cuarenta y seis mil novecientos cuarenta y cuatro pesos (\$3.946.944) por concepto de vacaciones.

e)- El pago de ochenta y tres mil trescientos treinta y tres pesos (\$83.333) diarios desde el 15 de febrero de 2009 hasta el 14 de febrero de 2010 correspondiente al salario diario devengado en el 2008; ciento dieciséis mil seiscientos sesenta y seis pesos (\$116.666) diarios desde el 15 de febrero de 2010 correspondientes al salario diario devengado en el 2009 y hasta cuándo se genere su pago por concepto de indemnización por no consignación de cesantía.

f)- Por el pago de aportes por concepto de pensión desde el 4 de marzo de 2008 hasta el 30 de julio de 2010 que la demanda deberá consignar en la entidad que la actora elija.

g)- Las anteriores sumas deberán ser indexadas al momento de su pago.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones incoadas según lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada. Tásense.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes, a través de fallo del 21 de marzo de 2013 ordenó:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia recurrida, y, en consecuencia, **SE CONDENA A LA DEMANDADA** al pago de la indemnización moratoria, en cuantía de **\$116.667**, diarios a partir del 30 de junio de 2010, y hasta que se verifique su pago efectivo de las condenas impuestas por salarios y prestaciones sociales, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa el presente proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: sin costas en la alzada las de primera instancia a cargo de la parte actora.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como fundamento de su decisión, estudiar la verdadera naturaleza del vínculo de las partes en conflicto.

Comenzó el Tribunal evocando lo definido por la jurisprudencia en relación con los elementos propios del contrato de trabajo, particularmente sobre la característica principal que diferencia la naturaleza jurídica del contrato de trabajo con los demás, es decir, la condición de subordinación a la cual se encuentra expuesto el trabajador al prestar su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación.

En ese orden, indicó que a la demandante le corresponde únicamente probar la prestación del servicio para que opere en su favor la presunción de existencia del contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, sin que sea válido argüir que la actora confiesa su vinculación mediante un contrato de prestación de servicios, porque lo que en realidad se pretende establecer es si en realidad existió un contrato de trabajo.

Resaltó, que aunque de las pruebas obrantes en el plenario, control de actuaciones judiciales, cuentas de cobro y actividades pendientes de procesos (f.ºs 16, 86, 135 y 168), además de las cuentas de cobro visibles a folios 90 a 137 y

de los testimonios recibidos, se acreditó que la actora desarrolló la labor de abogada, con contrato de prestación de servicios, sin embargo, con los contrainterrogatorios, se estableció que ella se encontraba supeditada a un horario, rendía informes semanales, recibía una retribución fija quincenal, asistía a comités programados, tenía en las instalaciones un puesto de trabajo, debía pedir permiso para asistir y cumplir con sus obligaciones en la especialización que estaba realizando.

De conformidad a la valoración probatoria, coligió que en realidad lo que se configuró en el presente caso, es un contrato de trabajo, toda vez que estuvo presente la subordinación, lo que permite sostener que la accionada no logró desvirtuar el vínculo laboral, pues no fue preponderante la autonomía sino la dependencia, y enunció cada una de las actividades que desarrolló la actora, quien estuvo *«supeditada a un horario, recibía una retribución, una suma fija quincenal, debía asistir a reuniones programadas, tenía entre las instalaciones un puesto de trabajo, debía pedir permiso para asistir a cumplir con sus obligaciones en el curso o en la especialización»*, por lo que sus servicios no son de aquellos que por sí mismos son independientes, máxime si se tiene en cuenta que laboró en forma ininterrumpida y con carácter permanente por más de dos años de servicios.

Seguidamente se ocupó del recurso de apelación de la demandante, quien solicitó se revoque parcialmente la sentencia proferida por el fallador de primer grado, en lo que atinente a la absolución impartida por concepto de

indemnización por despido injusto e indemnización moratoria.

Frente a la indemnización por despido injusto señaló que le corresponde al trabajador probar el despido y a la demandada probar la justa causa o la causal que dio origen a este despido, obligación que, en el caso concreto no se cumplió por lo que no procede condena alguna.

En lo pertinente a la indemnización moratoria, destacó que el criterio de la Corte, es la no aplicación automática del artículo 65 del CST, en consecuencia, se debe examinar la buena o mala fe del empleador, que se refleja en la conducta asumida en cada caso, la cual debe ser valorada de manera individual por los operadores judiciales quienes deciden finalmente si se imponen o no dicha sanción.

Descendiendo al caso en concreto, dijo que la mala fe se ve reflejada en la conducta que tuvo el empleador al realizar la simulación de un contrato de naturaleza civil, es decir, uno que se rige con autonomía e independencia evadiendo un contrato que en realidad era eminentemente laboral debido a la demostración de su subordinación, ello con el fin de no pagar las prestaciones que le corresponden a la demandante, eventos en los cuales la Corte ha sostenido que cuando se determine la ficción del contrato de trabajo, se establece la concurrencia de los elementos configurativos de la vinculación laboral en virtud del postulado supra legal de la primacía de la realidad, pues no puede predicarse buena fe

derivada de un actuar irregular del empleador y cita la sentencia CC C-781 de 2003.

Seguidamente indicó que para que el trabajador tenga derecho a reclamar la indemnización moratoria, debe haber transcurrido desde la terminación del vínculo laboral y la presentación de la demanda ordinaria un término no superior a 24 meses, lo que se refleja en este caso, pues la accionante terminó su vínculo laboral el 30 julio del 2010 y la demanda se radicó el 6 de julio del 2011, es decir, dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación de su contrato, por ello ordenó pagar la suma de \$116.000 diarios a partir de la fecha del despido, hasta cuando se verifique el pago de los salarios y prestaciones sociales ordenados.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el Fondo de Inversiones de Oportunidades Inmobiliarias S.A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente enunció el alcance de la impugnación en los siguientes términos:

*1. Se pretende que la H. Corte **case** la sentencia impugnada en cuanto **revocó** parcialmente el numeral 3 de la sentencia apelada, y, en consecuencia, condenó a la parte demandada al pago de la indemnización moratoria en cuantía de \$116.667 diarios, a partir del 30 de junio de 2010 y hasta que se verifique su pago efectivo de las condenas impuesta por salarios y prestaciones sociales.*

*Igualmente, se pretende que la H. Corte **case** la sentencia recurrida, en cuanto el Tribunal confirmó los ordinales primero, segundo en sus literales a), b), c), d), e), f) y g) de la parte resolutive del fallo dictado por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá, al igual que el ordinal 5º.*

*Así mismo, se pretende que la H. Corte **case** la sentencia impugnada, en cuanto el Tribunal dijo en la parte final del fallo que **"SE ACLARA LA SENTENCIA en cuanto a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 99 ley 50 de 1990 resolviendo confirmar la sentencia de primera instancia"**.*

*2. En su lugar, en sede de instancia, **revoque** la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2012 por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto:*

(1) Declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora Elizabeth Niño Solano y la Sociedad Inverfondo S.A. con vigencia del 4 de marzo de 2008 al 30 de junio de 2010;

(II) Ordenó a la sociedad demandada Inverfondo S.A. pagar a la demandante Niño Solano: \$7.155.555 por auxilio de cesantía, \$689.691 por intereses de la misma, \$7.155.555 por prima de servicios; \$3.946.944 por vacaciones; \$83.333.33 pesos diarios desde el 15 de febrero de 2009 hasta el 14 de febrero de 2010, correspondiente al salario diario devengado en el 2008; \$116.666.66 pesos diarios desde el 15 de febrero de 2010, correspondiente al salario diario devengado en el 2009 y hasta cuando se genera por su concepto de indemnización por no consignación de cesantía.

(III) Por el pago de los aportes por concepto de pensión desde el 4 de marzo de 2008 hasta el 30 de julio de 2010 que la demandada deberá consignar en la entidad que la actora elija.

(III) Que las anteriores sumas deberán ser indexadas al momento del pago.

*En consecuencia, revocada la sentencia de primer grado en los términos solicitados, se absuelva a la sociedad **FONDO DE INVERSIÓN EN OPORTUNIDADES INMOBILIARIAS S.A.** de todas las pretensiones de la demanda inicial formulada por la actora Elizabeth Niño Solano.*

En subsidio

En el evento improbable de que el Tribunal considere que la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T. respecto a la

existencia de contrato de trabajo entre las partes, **<no fue destruida>** por la sociedad demandada **INVERFONDO S.A.**, se pretende que la H. Corte **CASE** la sentencia impugnada en cuanto condenó a la referida **Sociedad** a pagar la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como también se case la parte pertinente que condenó a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T, ésta última en forma indefinida.

En su lugar, en sede de instancia, se **revoque** la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2012 por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto condenó a la Sociedad demandada a pagar la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a razón de \$83.333.33 pesos diarios desde el 15 de febrero de 2009 hasta el 14 de febrero de 2010, correspondiente al salario diario devengado en el 2008; \$116.666.66 pesos diarios desde el 15 de febrero de 2010, correspondiente al salario diario devengado en el 2009 y hasta cuando se genera por su concepto de indemnización por no consignación de cesantía.

Igualmente, se confirme el ordinal tercero de la parte resolutive del fallo de dicho Juzgado, en cuanto negó la pretensión por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

En consecuencia, se **absuelva** a la sociedad **INVERFONDO S.A.** de la pretensión tendiente a pago de sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990.

En Subsidio

En el supuesto de que la H. Corte considere que no se acreditó la buena fe de la sociedad demandada, al no pagarle la liquidación final a la actora, ni la cesantía y primas de servicios durante la vigencia del presunto contrato de trabajo, la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. modificado, se limite **al pago de \$116.667 diarios por un lapso de 24 meses contados entre el día 30 de junio de 2010 y el 30 de junio de 2012; y que a partir del mes 25 se paguen los intereses moratorios a que se contrae la normativa señalada.**

<Se precisa nuevamente que la sociedad demandada interrumpió la sanción moratoria pagando las prestaciones sociales a que fue condenada >.

Sobre las costas se resolverá de conformidad con el resultado del proceso.

Con tal propósito formula cinco cargos, por la causal primera de casación, frente a los cuales presenta réplica. La Sala estudiará en su orden el cargo primero, seguidamente y

de manera conjunta los cargos segundo y tercero, por contener similar elenco normativo, valerse de argumentación afín y perseguir el mismo propósito, para culminar con el análisis conjunto de los ataques cuarto y quinto, toda vez que igualmente se valen de preceptos análogos y persiguen el mismo propósito.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de violar por vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida los artículos 22, 23, 24, 27, 127, 249, 306 del CST; 65 *ibídem*, modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2002; 186 y 187 del CST, modificado éste último por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1695; artículos 1 y 2 de la Ley 52 de 1975; 99 de la Ley 50 de 1990; 12, 15, 17, 20, 21, 22, 23 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 3, 4, 5, 6 y 7 de Ley 797 de 2003.

Como manifiestos y evidentes errores de hecho enlistó los siguientes:

- 1. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante **Elizabeth Niño Solano** reconoció expresamente en el hecho 2 de su demanda inicial que "**existió un contrato verbal de prestación de servicios**".*
- 2. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante cobraba honorarios dependiendo la labor que realizara.*
- 3. No dar por demostrado, estándolo, que con el documento del folio 380 la demandante cobro honorarios por un concepto jurídico.*
- 4. No dar por acreditado, estándolo, que la Sociedad demandada le pagó a la demandante los honorarios profesionales por los conceptos jurídicos según el documento del folio 379.*

5. No dar por probado, estándolo, que la demandante presentó cuenta de cobro con el documento del folio 376.

6. No dar por acreditado, estándolo, que el documento del folio 372 señala que el pago es por prestación de servicios, con descuentos de retención de ICA.

7. Dar por acreditado, no estándolo, que el documento del ICA aplica al pago de honorarios profesionales y no de salarios.

8. No dar por acreditado, estándolo, que la empresa le pagó a la demandante honorarios anticipados por diligencias que realizaría la demandante, según el documento del folio 368.(sic)

9. No dar por acreditado, estándolo, que durante todo el término de la ejecución del contrato de prestación de servicios alegado en el hecho 2 de la demanda inicial, la actora jamás dejó la mínima constancia de inconformidad porque no le consignaban la cesantía en el Fondo.

10. Dar por acreditado, no estándolo, que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 4 de marzo de 2008 y el 30 de junio de 2010.

11. No dar por acreditado, estándolo, que la sociedad demandada actuó de buena fe mientras la demandante desarrollo el contrato de prestación de servicios.

Considera que a los anteriores errores de hecho arribó el *ad quem*, por apreciar erróneamente las siguientes pruebas:

1. Cuenta de cobro a folio 380.

2. Comprobante de pago de honorarios a la demandante, folio 379.

3. Honorarios pagados a la demandante según folio 376.

4. Comprobante de descuento por ICA a la demandante folio 372.

5. Cuenta de cobro de honorarios de folio 364.

6. Pieza procesal correspondiente a la demanda inicial de la actora.

7. Testimonios de Jaudin Sánchez, Herbeney Sánchez, Diana Milena Jiménez Hurtado, Andrés Castañeda, Néstor García.

En la demostración de la acusación indica que el Tribunal no dio por acreditado, que la demandante aceptó en el hecho segundo de la pieza procesal correspondiente a la demanda inicial, que entre las partes existió un contrato verbal de prestación de servicios, incurriendo en el desatino de no valorar la confesión reseñada, ni el documento visible a folio 380 que acredita que la actora cobraba honorarios por diligencias profesionales independientes que realizaba.

Sostiene que el yerro del sentenciador de alzada consistió en colegir que dicho pago (f.º 380), correspondía a salarios, cuando la realidad es que la demandante le cobraba a la sociedad los honorarios profesionales como abogada, cuando efectuaba un estudio jurídico o realizaba otra actividad o diligencia judicial, error que reitera al valorar el documento que milita a folio 379, toda vez que éste indica que en efecto la empresa le pagaba a la actora los honorarios profesionales por los estudios jurídicos que realizó, según se refleja en dicho documento.

De otra aparte, alude a la cuenta de cobro de folio 376 que de igual manera da cuenta del pago de honorarios profesionales por diligencias realizadas por la actora, y que la prueba que obra a folio 372 demuestra que se le efectuaba la retención correspondiente al impuesto del ICA, el cual el Tribunal no dio por demostrado.

Arguye que la equivocación del Colegiado es ostensible, pues es un hecho que cuando se pagan salarios no aparece retención por el impuesto del ICA. Toda vez que éste se

efectúa cuando se trata de pago de honorarios por servicios personales de carácter privado, como ocurrió en el presente asunto entre la demandante y la sociedad demandada.

Considera que como se establecen yerros ostensibles por parte del *ad quem* en la prueba calificada antes referida, es viable examinar la prueba testimonial y al respecto cita el testimonio de Andrés Castañeda, quien manifestó que la actora desarrollaba servicios personales de carácter privado, independiente y autónomo, motivo por el que la accionada le pagaba los honorarios y que ella no estaba obligada a asistir a los comités, no obstante el Tribunal dio por acreditado con esta declaración, la existencia del contrato de trabajo entre las partes.

Advierte que, lo mismo sucedió con la declaración del señor Néstor García, quien narró que la actora prestaba servicios como abogada a la firma demandada, los que pagaba la empresa cada vez que la accionante presentaba la correspondiente factura en la que precisaba la diligencia realizada, sin que la demandante tuviera que asistir a los comités, pues ésta no era trabajadora de la compañía ni cumplía horario para Inverfondo S.A.

En lo concerniente al señor Sánchez Lozada, indica que aseguró que la convocante cumplía horario de trabajo y devengaba los salarios pertinentes según las metas fijadas con la accionada. *«Sin embargo, no pasó de ser una declaración pues no apareció otra probanza que respaldara su dicho».*

Frente a la exposición de Diana Milena Jiménez expuso que se acreditó que la actora era trabajadora de la sociedad demandada, pero ocurrió lo mismo señalado con antelación, pues no obra prueba que respalde lo reseñado por la declarante porque evidenció su presencia al momento de celebrarse el contrato laboral.

Reseña que el expediente carece de probanza respecto a que la actora hubiera reclamado a Inverfondo S.A. el pago de acreencias laborales durante el tiempo que desarrollo el contrato de prestación de servicios de carácter privado, razón por la cual la accionada estuvo convencida de que el vínculo con la actora no era laboral.

Adiciona que la entidad contrató los servicios de la profesional por ser abogada y por ello no asumió el compromiso de las normas que rigen el contrato de trabajo, en consecuencia, el Tribunal incurre en yerro al considerar que hubo mala fe en la contratación y no pago de las cesantías de conformidad a la ley.

VII. RÉPLICA

La opositora precisa que en el recurso extraordinario no existen las acusaciones subsidiarias, por tanto, destaca que el recurso presenta una falencia en la forma.

De otra parte y en lo que respecta a este ataque, indica que es errada la apreciación del casacionista de que se

presentó una confesión en los hechos de la demanda, porque si bien se admite la existencia de un contrato verbal de prestación de servicios, también se dice que esa no fue la realidad contractual, porque la demandante cumplía horario, órdenes y recibía remuneración; manifestaciones estas que hace que el hecho sea indivisible y se tenga que apreciar en su todo.

Después de referir las consideraciones del Tribunal, manifestó que carecen de fundamento los argumentos del recurrente en cuanto que se aplicaron indebidamente las disposiciones legales enlistadas, porque el fallo se produjo en derecho y que, además, el censor no aduce reproches a las consideraciones del *ad quem* respecto a los documentos que obran en los folios 16, 86, 135 y 168 del expediente, así como del oficio de 27 de marzo de 2009, de la copia del acta de Comité de Inverfondo (folio 92) y de las cuentas de cobro visibles a folios 94 a 137, con las que determinó el fallador la existencia del contrato de trabajo entre las partes en conflicto.

VIII. CONSIDERACIONES

El Tribunal fundamentó su decisión en que el vínculo que existió entre las partes fue de índole laboral porque la demandante careció de independencia y autonomía en la ejecución de sus labores, ya que le tocaba cumplir horario, pedir permisos, tenía un lugar de trabajo asignado dentro de las instalaciones de la accionada, entre otras y, además, recibía remuneración de manera quincenal, subordinación

que no logró desvirtuar la sociedad demandada y además, consideró que la conducta de la convocante no estuvo revestida de la buena fe, pues pretendió simular la realidad de la contratación laboral con una relación civil para eludir el pago de las acreencias propias de un contrato de trabajo.

La censura radica su inconformidad en que el sentenciador coligió que los pagos realizados a la actora correspondían a salarios, cuando en realidad eran honorarios, que además se le realizó retención ICA, de donde surge el error de hecho calificado, habilitándose el examen de la prueba testimonial, de la que se acredita que el contrato entre las partes fue por prestación de servicios, motivo por el cual la empresa tuvo la firme convicción de no deber acreencias laborales, por tanto, no existió la mala fe que adujo el Tribunal.

La discusión que le propone el casacionista a la Sala consiste en que se verifique si el Tribunal incurrió en error de hecho al considerar que el vínculo contractual entre las partes fue de índole laboral, desconociendo que fue civil y que la empresa actuó de buena fe; de establecerse tal yerro, absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en la demanda inicial.

Previamente a abordar el análisis de las pruebas reprochadas, la Corte memora que para que se acrediten los errores de hecho debe el fallador incurrir en el desacierto de dar un alcance errado al medio probatorio que se impugna, el cual debe ser manifiesto, esto es, que sea evidente que el sentenciador le niega la certeza que éste o estos documentos

contienen, dando por demostrado algún supuesto fáctico que no se acredita en el medio probatorio o, al contrario que no le da crédito a lo que en efecto demuestra, debiendo el recurrente expresar las razones que así lo prueban, confrontando con su crítica las motivaciones contrarias a las que llegó el fallador y que incidieron en la decisión tomada que considera lo perjudica, (CSJ SL, 11 feb. 1994, rad. 6043).

Precisado lo anterior, esta Sala da comienzo al examen de las pruebas calificadas enrostradas por la demandante como erróneamente valoradas, para de ahí derivar si se presentan los yerros acusados, y de esta manera proceder a estimar los testimonios indicados, toda vez que hicieron parte esencial de la decisión atacada de dar por demostrada la existencia del contrato de trabajo.

En consecuencia, se alude a las cuentas de cobro (f. os 364 y 380) y comprobantes de pago (f. os 376, 379, y 372) determinando la Corte que si bien de las cuentas de cobro no se pueden inferir pagos, la recurrente no es contundente en la crítica que le hace al fallo del *ad quem*, pues el sentenciador argumentó que estos documentos junto con los que se encuentra a folios 94 a 137, prueban que la actora prestó sus servicios a la sociedad demandada desarrollando su labor de abogada, bajo subordinación, con el cumplimiento de horario, y además recibiendo una retribución que era fija y quincenal.

Debe esta Corporación recordar que el artículo 24 del CST, establece que cuando se discute la existencia de un

contrato de trabajo, se parte de la presunción de su existencia con la demostración de la prestación del servicio, lo cual en efecto dio por demostrado el Tribunal al indicar que la convocante prestó actividades en la empresa accionada como abogada, hecho que no es cuestionado por la empresa.

Determinado lo anterior, se debe revisar si se cumplen los elementos esenciales contenidos en el artículo 23 del CST, y al efecto, como ya se dijo, el fallador de segundo grado indicó que la actora recibía órdenes, cumplió horario de trabajo, y recibió salario de manera quincenal, arguyendo que como se acredita la subordinación, no hay duda que el vínculo fue laboral.

Al respecto de lo indicado por el *ad quem*, la censura guarda silencio, pues nada aduce frente a que los pagos que realizaba eran periódicos y de manera quincenal, tampoco fundamenta con prueba válida que la subordinación que el Tribunal encontró demostrada en el proceso no hubiera existido; pues para destruir dicha consideración era necesario que probara que el servicio prestado por la demandante fue producto de su autonomía e independencia, lo cual no ocurrió.

En el anterior contexto, queda fincado el concepto de la subordinación, la cual se manifiesta en la práctica, en la obligación que tiene el trabajador de cumplir con las funciones propias del cargo en los términos que para el efecto determine su empleador a través de órdenes e instrucciones

impartidas para el desempeño de la labor a quién presta el servicio personal, pues la labor de la demandada consistía en destruir las razones del *ad quem*, probando que la actora a través de su contrato de prestación de servicios desarrolló actividades con independencia y autonomía y no como lo evidenció el Tribunal de que se cumplieron los elementos esenciales propias del contrato realidad.

Ahora bien, la recurrente endilga yerro de valoración en los documentos antes reseñados, pero su único reproche radica en que a través de estos se demuestra que la actora cobraba honorarios y no salario, pues así lo acredita el pago visible a folio 379, por medio del cual se le cancelaron honorarios por estudios jurídicos realizados; que además, el folio 376 da cuenta de igual concepto por diligencias que ella realizó y por último, que el folio 372 acredita la retención al impuesto ICA; fundamentos que resultan frágiles frente a la exposición de sustento que hizo el Tribunal, al indicar que de la prueba testimonial y de la documental examinada, se establecía que la actora *«debía asistir a reuniones programadas, tenía entre las instalaciones un puesto de trabajo, debía pedir permiso para asistir a cumplir con sus obligaciones en el curso o en la especialización que estaba realizando»*, hechos suficientes que le permitieron predicar la existencia de la subordinación, ahondando en su consideración al indicar *«máxime si se tiene en cuenta que laboró en forma interrumpida y con carácter permanente por más de dos años de servicios»*.

Deviene de lo antes indicado, que la censura no

destruye varios de los soportes en que edifica el Tribunal su decisión, pues no acredita el error manifiesto en que incurrió el fallador en su análisis, ya que omite lo pertinente al tiempo que duró la prestación del servicio de manera ininterrumpida, al puesto de trabajo en las instalaciones de la empresa, a las reuniones programadas, al permiso para asistir a sus clases de especialización, manifestaciones estas que según el *ad quem* demuestran la carencia de independencia de la demandante, y que la censura no objeta.

En lo que tiene que ver con los pagos anticipados que la convocante aduce le efectuó a la actora por diligencias realizadas, se establece que el documento que milita a folio 372 le da la razón al Tribunal, por cuanto de su contenido se establece que se le cancela la prestación de sus servicios por la primera quincena de junio de 2010, el que registra descuentos por retenciones en la fuente, IVA e ICA, sin que ello sea motivo para desconocer el pago realizado a la actora.

Además, frente a la denominación que le dieron las partes al contrato realizado, lo propio era que se hicieran las retenciones correspondientes a esa vinculación, pero estos de manera alguna destruyen el argumento del Tribunal, sobre la existencia del contrato realidad, toda vez que del mismo no se puede inferir concepto diferente al pago de 15 días de servicios. Sobre la prueba visible a folio 379, se establece la cancelación de \$178.068, sin que se exprese el concepto de la remuneración ni se refute con éste medio de convicción el análisis del Tribunal.

Otro tanto, sucede con la prueba que milita a folio 368, pues con ella se indica que le cancelaron a la actora por anticipo de diligencias la suma de \$700.000 en el mes de julio de 2010, sin embargo, no aclara la censura si este valor hace parte del concepto liquidado por prestación de servicios del mes de julio de 2010 que se observa a folio 375, en el que se acredita la entrega de \$2.400.000, de donde surge que la recurrente no logra derruir la consideración del Tribunal de que se presentaron pagos periódicos que se atribuyen a remuneraciones salariales, conservando de esta manera la sentencia la firmeza de su decisión.

Definido lo anterior, la Sala evidencia que la casacionista no logra demostrar los errores de hecho señalados en los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, circunstancia por la que en lo correspondiente al análisis de estas pruebas, la sentencia impugnada se conserva incólume.

Ahora bien, respecto a que, con la demanda inicial, se confiesa la existencia del contrato de prestación de servicios por parte de la accionante, debe advertir la Sala que las piezas procesales no son documentos hábiles en casación a no ser que el operador judicial haya dado un alcance equivocado a su contenido o que del mismo se establezca alguna confesión, eventos en los cuales se válida la prueba para ser examinada en el recurso extraordinario.

Aclarado lo anterior, se establece que la casacionista refuta que la Colegiatura no haya valorado la confesión que hace la demandante en el hecho 2 del libelo genitor, y para

efectos de mejor comprensión se transcribe lo concerniente a los hechos que aluden a la contratación de la demandante.

Al efecto se tiene que la demandante expresó:

2. Entre las partes arriba mencionadas en el hecho anterior, existió un contrato verbal de prestación de servicios con una duración indefinida.

3. Sin embargo, en lo mencionado en el hecho 2, de la demanda, la realidad contractual de mi mandante era otra completamente distinta debido al cumplimiento de horario, órdenes permanentes por parte del señor José Fernando Soto García, a cambio de una remuneración que era entregada quincenalmente.

Como bien se puede apreciar, no se presenta la confesión que enrostra la censura, y así lo dijo el Tribunal cuando indicó:

Vale también destacar que no obedece a la verdad, que la actora o la parte actora haya confesado su vinculación mediante un contrato de prestación de servicios, por el contrario ella a pesar de asegurar en la demanda que se vinculó por un contrato de prestación de servicios lo que solicita es que se declare que en la realidad existió un contrato de trabajo entonces no obedece a la realidad procesal ni a la verdad que hubiese confesado y que según esta confesión tuviese ella la carga de demostrar la existencia del contrato.

Se deriva de lo anterior, que le asiste razón al *ad quem* en su disertación, pues de estos hechos no se logra establecer alguna confesión, ya que lo que claramente expone la actora es que el vínculo a través de un contrato de prestación de servicios en realidad tenía otra naturaleza, habida cuenta que cumplía horario, atendía órdenes del señor José Fernando Soto García y recibía una remuneración quincenal, por lo tanto, era de carácter laboral, por ello, no se está frente a una confesión, desvaneciéndose de esta manera el reproche

de la casacionista; en consecuencia tampoco se demuestran los errores de hecho señalados en los números 1 y 9.

Finalmente, respecto a la inconformidad del recurrente en lo referente a los extremos temporales, esto es, del 4 de marzo de 2008 al 30 de junio de 2010, que no acepta la censura; tampoco demostró cuales eran, pues su desacuerdo lo centra exclusivamente en la negación del hecho, desatendiendo lo concerniente a la carga de la prueba que gravitaba en su cabeza, pues si niega la fecha de inicio del contrato cuestionado, tenía el deber de acreditar cual fue el verdadero, omisión que impide a la Corte examinar este *ítem* habida cuenta que la casacionista no presenta argumentos para poder confrontar la sentencia impugnada con alguna evidencia que permita demostrar el posible yerro del Tribunal al tener como extremo inicial el 4 de marzo de 2008, por tanto, el error número 10 tampoco se prueba, manteniéndose los extremos temporales del contrato laboral en los términos indicados por el *ad quem*.

Fluye de lo reseñado, que la sociedad recurrente no logra probar por la vía fáctica los errores de hecho endilgados al Tribunal, por lo tanto, el fallo en este aspecto se conserva incólume y el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Este ataque lo orienta desde la óptica de que, si no resulta exitoso el anterior cargo, se examine lo concerniente a la condena de pagar la sanción a que se contrae el artículo

99 de la Ley 50 de 1990 y, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y bajo esa consideración, acusa la sentencia por incurrir en violación directa, en la modalidad de interpretación errónea *«del artículo 99 - 3 de la Ley 50 de 1990, en relación con los artículos 127, 249, 306 del CST (artículo 3º Ley 797 de 2003), artículo 17 (modificado artículo 4º Ley 797 de 2003), artículo 18 y 20 de la Ley 100 de 1993 (modificado por artículo 7º Ley 797 de 2003), artículo 21, 22 y 23 de la Ley 100 de 1993; y artículos 1º y 2º de la Ley 52 de 1975; 53, 230 de la Carta Política y 145 del CPTSS»*.

Manifiesta que, el *ad quem* impuso de manera automática la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esto es, por no consignar las cesantías en la fecha que consagra la norma, omitiendo de esta manera lo adocitrinado por la Corte de que se debe examinar la conducta de la empresa y los argumentos expuestos por la sociedad que motivaron el no depósito, compartiendo de esta manera el razonamiento del *a quo* y por ende incurriendo en el desatino que enrostra.

X. RÉPLICA

En cuanto al *«primer cargo subsidiario»* (segundo) indicó que no le asiste razón a la censura por cuanto el juez colegiado se valió para imponer la condena de la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de los mismos argumentos expresados para ordenar que la accionada era responsable de asumir el pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65

del CST, según se escucha en los minutos 28:39 a 30:33 del respectivo CD, por ello, dice que el recurrente se equivocó en la vía escogida, porque debió orientar la acusación por la vía de los hechos, circunstancia por la que el reproche está llamado al fracaso.

XI. CARGO TERCERO

Impugna la decisión acusada de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, los artículos 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002; y el 99 de la Ley 50 de 1990, en relación con los artículos 22, 23, 24, 27, 127, 249, 306 del CST; 1 y 2 de la Ley 52 de 1975; 12, 15, 17, 20, 21, 22, 23 de la Ley 100 de 1993 y 3, 4, 5, 6 y 7 de Ley 797 de 2003.

En términos generales reitera los argumentos del cargo anterior, en el sentido de que el Tribunal hizo suyos los argumentos del *a quo* para proferir condena por la no consignación oportuna de las cesantías, sin entrar en el análisis de la conducta de la demandada, considerando que con dicha omisión incurrió en la violación acusada.

Frente a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, arguye que el fallador de segundo grado «dejó de lado el estudio de cada una de las probanzas aportadas al proceso, como era su obligación, conforme a la jurisprudencia» porque esta condena no es de aplicación automática, sino que, en cada caso particular le corresponde al fallador estudiar los elementos de convicción y de ellos

derivar si procede o no la sanción, precisamente una vez establecida la conducta del empleador al tema.

No obstante, dice que el argumento utilizado por el Tribunal *«lo obtuvo de lo que según dijo, era la jurisprudencia, y ese argumento fue simplemente que en los eventos en donde se utilizara por parte del empleador la ficción del contrato de trabajo, es decir simular un contrato diferente al del contrato de trabajo, representaba una mala del empleador»*.

Destaca que cuando el *«empresario o empleador que razonablemente esté frente a una situación dudosa o confusa, puede tener la total convicción de no adeudar ese salario o auxilio de cesantía o prima de servicios»* argumento que es válido por tanto eximente de responsabilidad y por consiguiente de la sanción de pagar los salarios a que se contrae la normativa referida y cita las sentencias CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 35793 y CSJ SL, 11 jul. 2000, rad. 13467.

XII. RÉPLICA

En referencia al *«segundo cargo subsidiario»*, (tercero) arguye la replicante que el recurrente parte del supuesto equivocado de que el Tribunal aplicó de manera automática el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, originado evidentemente en no haber escuchado de manera completa el CD, que contiene la sentencia proferida oralmente en la audiencia verificada el 21 de marzo de 2013 (folio 544) y reitera que el casacionista se equivocó en la senda elegida, pues en su criterio debió dirigir el ataque por la vía indirecta.

XIII. CONSIDERACIONES

Presenta la censura su inconformidad con la sentencia recurrida por la condena de las indemnizaciones moratorias impuestas a la empresa, o sea, por la no consignación de las cesantías y por el no pago oportuno de las prestaciones sociales. Aduce que el fallador de segundo grado incurrió en yerro jurídico, al no argumentar las razones de su decisión, esto es, no analizar la conducta del empleador, pues según su comprensión la decisión del *ad quem* fue producto de una orden automática sin el estudio previo respecto del proceder de la demandada, quien consideró no tener obligaciones laborales por la contratación suscrita con la actora y señala que la jurisprudencia ha dicho que cuando se presentan estas dudas se debe exonerar de esta indemnización al empleador.

En torno a este tema, el criterio de la Corte es que las sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como la indemnización del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, tienen un carácter eminentemente sancionatorio, por tanto, se generan cuando el empleador se sustrae a su obligación de pago oportuno sin justificación atendible; respecto a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin y al pago de los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del contrato de trabajo, que fue lo que evidenció el Tribunal en el presente asunto.

A fin de individualizar los temas cuestionados, en lo que tiene que ver con la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Corte destaca que ésta procede cuando el empleador no consigna el auxilio a la cesantía antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual del fondo seleccionado por el trabajador. Sin embargo, la Sala ha reiterado que la misma procede cuando tal omisión carece de buena fe, es decir, de razones atendibles que justifiquen tal desacato legal del empleador.

La sentencia CSJ SL, 1 ago. 2012, rad. 37048 sobre estos temas indemnizatorios precisó:

Es pertinente anotar que esta Sala ha dicho de manera reiterada y constante que los artículos 65 del C. S. T. y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de aplicación automática sino que es obligación del juez al momento de imponer la sanción allí prevista analizar la conducta del empleador con el fin de determinar si la misma estuvo revestida de buena fe. Para el efecto, cabe rememorar lo dicho en sentencia de 21 de abril de 2009, radicado 35414:

*“... en lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, por **la no consignación al fondo de cesantías** consagrada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y **la causada a la terminación de la relación laboral por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales debidas** dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, como lo pone de presente la censura, que es criterio de la Sala que ambas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.*

Para tal efecto, en sentencia del 21 de abril de 2004 con radicación 22448, que reiteró lo dicho en decisión del 11 de julio de 2000 radicado 13.467, en cuanto a esta temática la Corte sostuvo:

“(...) Ahora bien, aún entendiendo que la acusación denuncia la infracción directa de los citados preceptos, en cuanto al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es lo cierto que el Tribunal no pudo ignorar

la disposición por cuanto fue la que le sirvió de apoyo al Juzgado para fulminar la condena por indemnización moratoria, ni tampoco se rebeló contra su contenido, sino que estimó conforme a jurisprudencia de la Sala, que **su aplicación no podía ser automática y que era necesario analizar la conducta del empleador** para establecer si la presunción de mala fe quedaba o no desvirtuada; entonces, apoyándose en pruebas del expediente y luego de examinar las razones de la empresa demandada, -lo que de paso desvirtúa la afirmación inicial del recurrente de que el Tribunal no realizó análisis probatorio, descartó la existencia de mala fe y no le hizo producir efectos a la norma acusada.

Ese criterio resulta acorde con el expuesto por la Sala en sentencia de 11 de julio de 2000, rad. 13467 en que señaló:

<La indemnización moratoria consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio de cesantía, luego se trata de una **disposición de naturaleza eminentemente sancionadora**, como tal, **su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono**>...”. (Resalta la Sala).

“Lo anterior significa, que como de tiempo atrás se ha venido sosteniendo, la aplicación de la indemnización moratoria para cualquiera de los dos eventos que ocupan la atención a la Sala, no es automática ni inexorable, y por ende en cada asunto a juzgar el sentenciador debe analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada con argumentos que pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos.

“Bajo esta órbita, se tiene que el Tribunal al examinar la conducta de la empleadora demandada y encontrar demostradas las circunstancias en que aquella fundó su firme convicción de no estar frente a un contrato de trabajo respecto del demandante, lo cual se erige como suficiente para brindar apoyo a una conducta de buena fe, indefectiblemente conduce a concluir que la interpretación que le imprimió dicho juzgador a las disposiciones legales de marras, esto es, los artículos 99 numeral 3º de la Ley 50 de 1990 y 65 del C. S. del T., se aviene a las orientaciones jurisprudenciales que constituyen su correcta hermenéutica jurídica”.

Al examinar la sentencia acusada, se observa que el juzgador adujo al respecto de la indemnización por el incumplimiento del pago de las prestaciones sociales lo siguiente:

Se tiene que en este caso las circunstancias de hecho que lo rodearon y que indican el no pago a favor de la actora de prestaciones sociales al término de la relación de trabajo de la manera en que fue determinado por el juez de instancia, si determina e indica la mala fe con la que obró la parte demandada pues del acervo probatorio obra en expediente o emana con claridad absoluta que su conducta tuvo como fin simular o hacer una ficción de un contrato de naturaleza civil aún con un contrato que en la realidad era eminentemente laboral, lo anterior induce a pensar de manera sólida que cuando el empleador desde el inicio su relación con el actor contrata un verdadero servicio con subordinación y pretende formalizar con otro que se rige con autonomía e independencia tiene el propósito de disimular una verdadera relación de trabajo con el fin de no pagar las prestaciones que le corresponden al trabajador. (Subraya la Sala).

En apoyo a lo anterior conclusión, se ha pronunciado la honorable Corte Suprema, la cual ha sostenido que en eventos donde se determina la ficción del contrato de trabajo se establece la concurrencia de los elementos configurativos de la vinculación laboral en virtud del postulado supra legal de la primacía de la realidad, mal puede predicarse buena fe en el actuar de la persona llamada a cubrir las acreencias derivadas de su irregular comportamiento, si se determina entonces el contrato laboral es apenas lógico que el ejercicio argumentativo del sentenciador va encaminado a dejar en entredicho la conducta del obligado indistintamente de la modalidad contractual que se hubiese elegido para ocultar su verdadera naturaleza, por eso se revocará parcialmente el numeral tercero en la sentencia de primera instancia en cuanto a la absolución impartida por concepto de indemnización moratoria (...).

En cuanto a la sanción por la no consignación de cesantías el *ad quem* consideró ante la aclaración pedida por el apelante lo que a continuación se registra:

Se reanuda la audiencia y se accede a la solicitud del apoderado de la parte demandada porque evidentemente uno de los motivos de su recurso se refiere a la indemnización moratoria contemplada

en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a la cual accedió el Juzgado, argumentado que no era lógico se absolviera de la indemnización del 65 diciendo que no había actuado la demandada de mala fe pero que sí se accediera a la moratoria del 99 que también presupone dicho estudio.

En consecuencia, esta Corporación confirmará la sentencia impuesta por el Juez de primera instancia en cuanto a indemnización moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50, toda vez que con los mismos argumentos que se accede a la indemnización moratoria del 65, esto es que evidentemente la conducta del empleador no encuentra (sic), no se encuentra o no la encontró esta Corporación guiada por la buena fe, dado que desde el comienzo celebró un contrato de trabajo, el cual pretendió simular o disfrazar bajo una modalidad que no le correspondía.(Subraya la Sala)

No prospera entonces el recurso de la demandada. Se confirma la sentencia del juez de primera instancia en cuanto a moratoria aclarando que esta moratoria procede solamente hasta que se terminó el contrato de trabajo fecha en la cual cesa la obligación de consignar y surge la de entregar las cesantías por lo cual se, en ese momento o desde ese momento empieza a correr la del 65 a la cual hoy nos referimos.

Deviene de lo reseñado, que no le asiste razón al recurrente porque el Tribunal sí adujo razones pertinentes a la imposición de condenas por las indemnizaciones del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, pues al efecto indicó que los argumentos para ambas condenas estaban enmarcados en la misma conducta consistente en que el empleador desde un principio celebró un contrato subordinado, pretendiendo simular que lo era de índole civil para desconocer las acreencias propias del contrato laboral, ello basado en que «*contrata un verdadero servicio con subordinación y pretende formalizar con otro que se rige con autonomía e independencia*».

La anterior consideración no es destruida por la censura, pues su crítica solo la enfoca en el argumento de

que cuando «*el empresario o empleador que razonablemente esté frente a una situación dudosa o confusa, puede tener la total convicción de no adeudar ese salario o auxilio de cesantía o prima de servicios etc.*», sin que desvirtuara de forma clara y contundente que el vínculo contractual con la accionante realmente fue subordinado a pesar de haberse vinculado inicialmente mediante un contrato aparente de servicios, que supone la autonomía e independencia, ello aunado, a que no expresó en qué radica la situación confusa de la contratación de la que se duele la censura no fue tomada en cuenta por el *ad quem*, quien centró su decisión condenatoria en estos temas, por haberse suscrito un contrato de trabajo disfrazado para exonerarse del pago de las acreencias laborales.

En consecuencia, no observa la Sala que existan elementos para considerar que en efecto el Tribunal incurrió en la condena automática de las indemnizaciones por incumplir con la consignación de las cesantías y por la mora en el pago de las prestaciones sociales, pues el fallador de segunda instancia sí expuso razones basadas en la conducta del empleador, las que no fueron desquiciadas por el recurrente, quedando de esta manera debilitados los reproches de los tres cargos analizados, cobrando vigor lo argumentado por el *ad quem*, circunstancia por la que los cargos examinados no prosperan.

XIV. CARGO CUARTO

Acusa la sentencia de violar por la vía directa, en la modalidad de infracción directa, los artículos 29 y 52 de la Ley 789 de 2002, lo que llevó al Tribunal a la aplicación indebida del inicial artículo 65 del CST, *«en relación con los artículos 249, 253, 306 del CST, 186, 192 del CST, modificados por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965 y 8º del Decreto 617 de 1954, artículos 1 y ss de la Ley 52 de 1975 y artículo 1º y ss del Decreto 116 de 1976 y artículos 15, 17, 18, 20 y ss de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 797 de 2003»*.

En la demostración de la acusación advierte que en caso que se mantenga la condena por la indemnización moratoria, subsidiariamente solicita que ésta sea por solo los primeros 24 meses contados a partir de la terminación del contrato de trabajo que declaró el Tribunal.

En ese orden, dice que el desatino del sentenciador consistió en aplicar indebidamente el artículo 65 del CST *«en su texto original»*, y por ello fulminó la condena por este concepto, dado que el señalado artículo, antes de la modificación por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, consagraba la eventual condena por indemnización moratoria, hasta que se verifique el pago total de la obligación, es decir, en forma indefinida.

A continuación, expone que, al entrar en vigencia el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, varió esa condena indefinida, por lo que no era admisible que el fallador de

segunda instancia la impusiera en esos términos, incurriendo de esta manera en la aplicación indebida de dicha normativa, *«al ignorar el artículo 29 de la Ley 789 de 2002»*, el cual consagra para los mismos efectos, que dicha indemnización sea *«hasta por veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato»*. Y agrega, que *«el legislador aclaró que la indemnización moratoria en estudio, iría "hasta por veinticuatro (24) meses", solo en el evento de que el trabajador devengara como salario "más de un (1) salario mínimo legal mensual vigente"»*.

Aunado dijo, que la actora, devengó siempre un salario superior al mínimo legal mensual vigente para la época en que se desarrolló su relación laboral con la sociedad demandada como se acepta en los supuestos fácticos, surgiendo así el desatino del Tribunal, pues el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, comenzó a regir el 27 de diciembre de 2002, tal como lo indica el artículo 52 *ídem*.

De tal modo, refiere que como el contrato de trabajo suscrito entre las partes terminó el 30 de junio de 2010, la preceptiva aplicable para tal efecto es el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, por tanto, el Tribunal erró al no tenerla en cuenta para imponer la correspondiente condena y cita un fragmento de la sentencia CSJ SL, 6 may. 2010, rad. 36.577, derivando de su contenido que ese es la interpretación correcta que debió dar el Tribunal, y no el artículo 65 del CST en su versión original.

Agrega que después de transcurridos esos 24 meses y si la mora persiste se sustituye *«la sanción moratoria consistente en el salario diario, por la de pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, hasta cuando el pago de lo adeudado se realice, intereses que se adecuaran sobre los créditos adeudados en dinero en ese momento»*.

En el mismo sentido, arguyó que, en el presente asunto, la sanción moratoria debió ordenarse a razón de un salario diario durante 24 meses y a partir del mes 25 si no se ha interrumpido dicha mora, los intereses que ordena la disposición, aclarando que la sociedad sí la interrumpió *«pues pagó el valor de las condenas fulminadas por el Juzgado y avaladas por el Tribunal por concepto de auxilio de cesantía, sus intereses, las primas de servicio y demás prestaciones condenadas»*.

XV. RÉPLICA

En cuanto a la denominada *«tercera acusación subsidiaria»* reseña que en el minuto 21:37, se registra la consideración del Tribunal para fundamentar la condena de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, la cual se basó en lo adoctrinado en la sentencia CC C-781 de 2003, interpretación que acogió y aplicó en el asunto debatido, razón por la que no se presenta la violación acusada de ignorar el mandato contenido en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

XVI. CARGO QUINTO

Acusa la sentencia de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, el artículo 65 del CST, modificado por los artículos 29 y 52 de la Ley 789 de 2002, en relación con los artículos 249, 253, 306 del CST, 186, 192 del CST, modificados por el 14 del Decreto 2351 de 1965 y 8 del Decreto 617 de 1954, artículos 1 y ss de la Ley 52 de 1975, 1 y ss del Decreto 116 de 1976; artículos 15, 17, 18, 20 y ss de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 797 de 2003.

Sostiene que en el *«supuesto de que el Tribunal se apoyó en el nuevo artículo 65 del C.S.T., es decir en el 29 y 52 de la ley (sic) 789 de 2002, y en el evento improbable de que se no se casara la sentencia impugnada con base en el primer cargo formulado en ésta sustentación del recurso extraordinario de casación o en los cargos subsidiarios, es evidente que el sentenciador de segundo grado interpretó equivocadamente el artículo 65 modificado»*.

Después de referir lo establecido por la disposición, indicó que como el salario de la demandante era superior al mínimo legal mensual vigente, es evidente que el fallador de segundo grado, erró en la comprensión que le dio al artículo 65 modificado, pues este prevé en el parágrafo 2, en forma clara que lo dispuesto en el inciso 1 de este artículo, es decir, la indemnización moratoria limitada hasta los primeros 24 meses contados a partir de la terminación de la relación laboral, *«solo se aplicará a los trabajadores que devengan más*

de un (1) salario mínimo mensual vigente, pues para los demás trabajadores seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 inicial».

Por lo dicho, adujo que el Tribunal se equivocó en la intelección que hizo de la norma y por ello impuso la condena por indemnización moratoria indefinidamente, es decir hasta que se verificara el pago total de las obligaciones laborales ordenadas, como lo son la cesantía y la prima de servicios, cuando lo legal y fáctico era imponer dicha sanción solo hasta por 24 meses, contados a partir de la terminación del contrato de trabajo, es decir entre el 30 de junio de 2010 y el 30 de junio de 2012.

XVII. RÉPLICA

Finalmente, de cara al cuarto cargo subsidiario aduce que no se presenta la interpretación errónea que acusa el recurrente respecto del artículo 65 del CST y de los artículos 29 y 52 de la Ley 789 de 2002, porque de manera reiterada la Sala Laboral de la Corte ha enseñado que *«cuando una disposición legal admita diversos entendimientos, al acoger el sentenciador uno lo suficientemente razonable, así éste no coincida con el que le da el impugnante, tal circunstancia excluye el ataque de la providencia por la vía directa en el concepto de interpretación errónea»* y que además, la sentencia se apoya en la sentencia CC C-781 del 30 de septiembre de 2003, razón por la cual no cabe el cuestionamiento señalado por el apoderado de la sociedad enjuiciada en este cargo.

XVIII. CONSIDERACIONES

La inconformidad que presenta la casacionista, consiste en que el Tribunal se rebeló en aplicar el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, pues impuso como condena de la indemnización moratoria, el pago de un día de salario por cada día de mora a partir de la terminación del contrato de trabajo (30 de junio de 2010), hasta cuando se cancele la totalidad de lo adeudado sin limitarlo en el tiempo como lo consagra la norma impugnada.

Debe precisar la Sala de entrada, que le asiste razón al impugnante en su ataque, pues en efecto el Tribunal desconoció este precepto que modificó el artículo 65 del CST, el cual dispone:

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

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

Para mayor comprensión, es necesario referir que esta norma ha sido interpretada claramente desde la promulgación de la sentencia CSJ SL, 6 may. 2010, rad, 36577, que al respecto dice:

Según el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, la anterior disposición solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente.

Frente a las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte tiene asentado que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. De tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico, el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses siguientes a la finalización del vínculo.

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

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

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

En el sublite no hubo discusión en que la relación laboral que ligó a las partes finalizó el 16 de marzo de 2007, es decir para cuando se encontraba vigente la Ley 789 de 2002. Así las cosas, al haberse determinado que, a la resolución del contrato, el actor recibía salario integral equivalente a \$5.638.100, la indemnización moratoria que fue objeto de condena no se podía ordenar de forma ilimitada hasta que ocurriese el pago de los salarios insolutos, como lo hizo el juez de alzada; pues este no es el sentido del primer inciso del precitado artículo 29, de acuerdo con lo enseñado por la jurisprudencia laboral.

Al estar acreditado que el accionante reclamó a pocos meses de la terminación del contrato, de acuerdo con lo fijado por el juez colegiado, la condena al pago de un día de salario se debió imponer hasta por 24 meses siguientes a la terminación del contrato; y, a partir del mes 25, se debió ordenar el pago de los intereses moratorios a la tasa indicada en la norma, sobre el monto de la deuda, es decir sobre \$2.819.050 por los salarios adeudados a la terminación del contrato, según lo liquidado por el ad quem.

De conformidad a la anterior jurisprudencia, se evidencia claramente que en Tribunal incurrió en el yerro jurídico endilgado, pues desconoció el contenido de la norma en cita, resultando por tanto triunfante la acusación, lo que da lugar a casar la sentencia solo en lo que corresponde a la temporalidad de la sanción, ya que el casacionista no presenta inconformidad en la cuantía del salario con que se ordenó.

Significa lo anterior que se mantiene en firme la suma diaria indicada por el Tribunal y se quiebra la sentencia en lo atinente a la violación del artículo 29 de la Ley 789 de

2002, que modificó el artículo 65 del CST, que trata de la indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales al finalizar el contrato de trabajo, solo por 24 meses y, en caso de persistir la mora, se impondrá a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

Por lo tanto, el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia del Tribunal, solo en cuanto a la forma en que se condenó a la indemnización moratoria. No se casa en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

XIX. SENTENCIA DE INSTANCIA

Con fundamento en las consideraciones expuestas en sede de casación, y como la demandante apelante muestra inconformidad con este tema que en primera instancia se absolvió; se reitera en esta instancia que todo empleador debe pagar a su trabajador al finalizar el contrato de trabajo todas las prestaciones sociales a que haya lugar, y en caso de que incumpla con este deber se hace acreedor a una sanción de un salario diario igual al último devengado, por cada día de mora durante 24 meses contados a partir de la terminación del contrato, si la acción se la iniciado dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, lo que en efecto en el presente asunto no se discute.

Ahora bien, definido que la sanción impuesta de un día de salario por cada día de mora en el retardo del pago de las prestaciones sociales es por una temporalidad de 24 meses a partir del 30 de junio de 2010, se debe aclarar que en caso que el incumplimiento haya persistido, la accionada deberá reconocer a la demandante a partir del mes 25, o sea a partir del 1 de agosto de 2012, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, como lo ordena el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que modificó el artículo 65 del CST.

Como corolario de lo dicho, y debido a que de conformidad a lo señalado en la órbita casacional solo se afecta la temporalidad de la condena impuesta por la indemnización moratoria, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado en cuanto absolvió a la demandada de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para en su lugar ordenarle pagar a la demandante un día de salario del último mensual por ella devengado, solo por 24 meses a partir del 30 de junio de 2010 y si la mora persististe, a partir del mes 25 la accionada deberá reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

Sin costas en la alzada y a cargo de la demandada las correspondientes a la primera instancia.

XX. 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 dictada el 21 de marzo de 2013 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ELIZABETH NIÑO SOLANO** contra el **FONDO DE INVERSIONES de OPORTUNIDADES INMOBILIARIAS S.A., -INVERFONDO S.A.** - solo en lo que corresponde a temporalidad de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

En sede de instancia se **RESUELVE**:

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2012 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar se dispone: **CONDENAR** a la demandada al pago de la indemnización moratoria, en cuantía de \$116.667, diarios a partir del 30 de junio de 2010, solo por 24 meses y, en caso que la mora persista, deberá el empleador demandado reconocer a la actora a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

En permiso

ERNESTO FORERO VARGAS