

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL12220-2017

Radicación n.º 44416

Acta 27

Bogotá, D. C., dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 21 de octubre de 2009, en el proceso que **ANTONIO EDUARDO SAAMS DE LA ROSA** adelanta contra la **CORPORACIÓN CLUB DEPORTES TOLIMA**.

I. ANTECEDENTES

En lo que concierne al presente recurso, el citado accionante promovió demanda laboral a fin de que se declare que entre él y la Corporación Club Deportes Tolima existió un contrato de trabajo desde el 18 de enero de 1995 hasta el 9 de diciembre de 2005; que la conciliación suscrita en esa data en la Inspección de Trabajo de Ibagué es inválida y que su último salario ascendió a \$5.000.000 mensuales.

Como consecuencia de lo anterior, reclamó, principalmente, el reintegro sin solución de continuidad al cargo de jugador o a uno de igual o superior categoría, junto con el pago de los perjuicios ocasionados, todo debidamente indexado; subsidiariamente, pidió el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, el pago de las sanciones moratorias de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la reliquidación de la indemnización por incapacidad permanente parcial, los aportes a la seguridad social, la reparación de los perjuicios y la indexación de las condenas.

En respaldo de sus pretensiones refirió, en resumen, que desde el 18 de enero de 1995 se vinculó a la Corporación Club Deportes Tolima como jugador profesional de alta competencia, donde obtuvo muchos

logros y reconocimientos; que en el marco de su relación de trabajo, su empleador le hizo firmar sendos contratos a término fijo y por duración de la obra o labor contratada, entre los cuales no hubo solución de continuidad, y que, paralelamente, fue «conminado» a firmar un contrato denominado «cesión de derechos de publicidad».

Relató que en virtud de tales acuerdos, la demandada le cancelaba un sueldo «irrisorio» de \$750.000 y por derechos de publicidad, le pagaba la suma no constitutiva de salario de \$4.250.000; que en ejecución del contrato de cesión de derechos de publicidad, la accionada le impartió órdenes, le exigió el cumplimiento de reglamentos y el uso exclusivo de los emblemas con fines publicitarios, y que dicho pacto comercial no era independiente del laboral sino accesorio, por lo que estaba dirigido a retribuir sus servicios.

Narró que el 23 de marzo de 2005, durante una práctica deportiva, sufrió un accidente de trabajo que afectó su pie izquierdo, que se reportó ante Colmena ARL; que luego de un procedimiento quirúrgico, su médico tratante le informó que no podía volver a jugar al fútbol dada la gravedad de la lesión; que tanto la EPS como la ARL a las cuales estaba afiliado, reconocieron y le notificaron al club deportivo que la patología era ocupacional.

Expuso que sin justificación alguna, a partir del mes de octubre de 2005, la demandada suspendió el pago de los

salarios con el propósito de provocar su renuncia; que, con ese objetivo, también le retuvo un premio de \$7.000.000 al que tenía derecho por clasificar a la cuadrangular final del primer torneo del año 2005; que a raíz de la presión económica a la que fue sometido, sumada a la anímica, suscribió en las instalaciones del Ministerio del Trabajo una conciliación pre elaborada por el club deportivo.

Aseguró que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima determinó que tenía una pérdida de capacidad laboral del 24.35%, por lo que la indemnización que habría de recibir, en función de ese dictamen, era irrisoria, habida cuenta que la demandada solo cotizó sobre un salario de \$750.000.

Por último, señaló que el 30 de abril de 2007 presentó ante el club deportivo una reclamación, con la cual interrumpió la prescripción.

Al dar respuesta a la demanda, la accionada se opuso a la prosperidad de sus pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la ocurrencia del accidente de trabajo, con la aclaración de que en el informe individual se reportó que el infortunio tuvo lugar el 27 de marzo de 2005; aceptó, así mismo, que la EPS y la ARL a la que estaba afiliado el actor, le notificó que el origen de la patología era laboral. Los demás soportes fácticos, o los negó o expresó no constarle.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, compensación, buena fe y cosa juzgada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Ibagué, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 11 de noviembre de 2008, absolvió a la corporación accionada de las pretensiones promovidas en su contra.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la sentencia recurrida en casación, confirmó la del *a quo*.

Para desatar la impugnación, el *ad quem* se ocupó del estudio de tres aspectos, a saber: (i) si la suma de dinero percibida en el marco del contrato de cesión de derechos de publicidad, era o no salario; (ii) si la inasistencia injustificada del representante del club deportivo a la audiencia de conciliación implicó la confesión ficta de algunos hechos de la demanda, y (iii) si la retención de los pagos por concepto de publicidad durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2005, tenía el propósito

de forzar la firma del acuerdo conciliatorio; ello, para establecer si en dicho acto medió o no la libre voluntad del demandante.

Frente al primero de esos temas, el juez plural recordó que conforme al artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, es posible que el contrato de trabajo concorra con otros de distinta naturaleza. Agregó, en ese sentido, que el deporte, en muchos casos, es una actividad que también puede ser objeto de explotación económica, con mayor razón cuando se trata de un deporte de masiva difusión y comercialización como lo es el fútbol.

Señaló que la naturaleza de la labor desempeñada por el demandante, *«trae consigo necesariamente el ejercicio de otra actividad económica, denominada “publicidad”, actividad que bien pudo adquirir su propia individualidad en el contrato, o que pudo ser un elemento constituido para simular el verdadero salario del jugador»*. Citó, a espacio seguido, un precedente horizontal en el que al dilucidar una demanda idéntica instaurada contra el Club Deportes Tolima, esa Corporación determinó que lo devengado por publicidad, es un concepto desprovisto de connotación salarial.

Aseguró que el objeto del contrato de trabajo era disímil del de cesión de derechos de publicidad, en tanto que el primero tuvo como objeto la *«prestación personal del servicio como jugador profesional»* y el segundo estuvo

dirigido a la *«cesión de su nombre, imagen y fama publicitaria»*, en desarrollo de lo cual transcribió algunos pasajes de estos convenios comerciales.

Sostuvo que el contrato de cesión de derechos de publicidad no implicaba necesaria y exclusivamente el uso de las prendas y uniformes deportivos, *«pues de una lectura simple y desprevenida del contrato, se advierte como se le otorga al club beneficiario, la “facultad” de exigir o no la utilización de sus emblemas y de utilizar la imagen del jugador con fines publicitarios, lo cual implica que inclusive en los períodos en que los jugadores no están prestando sus servicios personales, ya sea por cambio de temporada, vacaciones, incapacidades, etc., el club beneficiario tiene la facultad de realizar publicidad con el nombre e imagen de los jugadores, ya sea mediante afiches, entrevistas, propagandas o cualquier medio publicitario, caso en el cual, estarían obligados a usar los uniformes y emblemas deportivos para tal efecto»*.

Adujo que la cláusula que condicionó el contrato de cesión de derechos de publicidad a la vigencia del contrato de trabajo, es lógica, puesto que no tendría sentido hacer publicidad con la imagen de un trabajador que no es parte del equipo de fútbol.

En armonía con lo anterior, concluyó que el convenio de publicidad *«adquirió su propia individualidad respecto del contrato de trabajo»*, teniendo en cuenta, además, que el

testigo Carlos Darío Acosta Grisales corroboró la existencia de dos contratos diferentes.

En cuanto al segundo problema que se planteó, consideró que la confesión ficta se desvirtuó con el material probatorio que acopió.

Finalmente, respecto al tercer aspecto, manifestó que el demandante no podía alegar que la retención de salarios lo obligó a aceptar un arreglo conciliatorio, puesto que, por un lado, los dineros que provenían del contrato de cesión de derechos de publicidad no eran salario y, por otro, conforme a la liquidación de prestaciones sociales, el único salario adeudado a 31 de diciembre de 2005, correspondía a ese mes. Añadió que, en todo caso, el accionante pudo promover una acción civil para reclamar el pago de los valores dimanantes del contrato de cesión de derechos de publicidad.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia fustigada para que, en sede de instancia, se revoque el fallo

de primer grado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda inicial.

Con tal propósito, formula dos cargos por la causal primera de casación laboral, que fueron objeto de réplica.

VI. CARGO PRIMERO

Le atribuye a la sentencia impugnada la infracción directa de los artículos 13, 14, 20, 21, 22, 24, 37, 43, 55, 127 y 193 del Código Sustantivo del Trabajo, 1499 del Código Civil y 53 de la Constitución Política, lo cual condujo a la aplicación indebida del artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo.

En desarrollo de su embate, asegura que la figura jurídica de la concurrencia de contratos prevista en el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo está instituida en defensa de los derechos mínimos de los trabajadores, lo que implica la irrenunciabilidad de esas prerrogativas, la primacía de la realidad sobre las formas y la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

Sostiene que de acuerdo con el fallo atacado, pareciera que el citado precepto protege los intereses del empleador y no de los trabajadores que, por demás, derivan de la presunción consagrada en el artículo 24 del estatuto

sustantivo del trabajo, *«cuyo tenor en todo caso debe interpretarse a la luz de los artículos 20 y 21 del mismo Código Sustantivo del Trabajo»*.

Cita extensamente la sentencia de 8 de septiembre de 2005, expediente 2002-01312-01-14583, emitida por el Consejo de Estado, en la que, al dilucidar un asunto tributario, se estableció que los pagos por derechos de publicidad realizados por el Club Deportivo Millonarios tienen trascendencia salarial y, con fundamento en ese precedente, asegura que en el *sub examine*, al no poder subsistir el contrato de cesión (accesorio) de manera independiente al contrato laboral (principal), los pagos previstos en el primero deben reputarse como salario, en tanto que retribuyen el servicio.

VII. CARGO SEGUNDO

Por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, le atribuye a la sentencia combatida en casación, la transgresión del artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 13, 14, 20, 21, 22, 23, 24, 37, 43, 55, 127, 128 y 193 del Código Sustantivo del Trabajo, 1499 del Código Civil, 53 de la Constitución Política, 51, 60, 61, 77 y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 194, 252 y 253 del Código de Procedimiento Civil.

Puntualiza que la infracción legal enunciada, fue consecuencia de los siguientes errores manifiestos de hecho:

Dar por demostrado sin estarlo que los Contratos de Trabajo y los de Cesión de Derechos de Publicidad suscritos por las partes eran independientes y concurrentes.

No tener por demostrado estándolo que los Contratos de Cesión de derechos de publicidad suscritos por las partes eran accesorios a los Contratos Individuales de Trabajo sostenidos por los mismos extremos de la litis.

Dar por demostrado sin estarlo que la esencia del Contrato Individual de Trabajo y el de Cesión de derechos de publicidad, objeto de debate, obedecían a actividades totalmente independientes.

Tener por demostrado sin estarlo que los Contratos de Cesión de Derechos de Publicidad pactados por las partes tenían carácter principal, pese a que no podían subsistir si no estaban vigentes los contratos de trabajo suscritos por las mismas.

No dar por demostrado estándolo que los pagos efectuados por la CORPORACIÓN CLUB DEPORTES TOLIMA al jugador profesional [...] SAAMS DE LA ROSA por concepto de cesión de Derechos de Publicidad, eran inherentes al contrato de trabajo sostenido por las partes.

Tener por demostrado sin estarlo que lo pagado por la CORPORACIÓN (...) al jugador profesional de fútbol [...] por concepto de cesión de Derechos de Publicidad no tenía carácter salarial.

No dar por demostrado estándolo que los Contratos de Cesión de Derechos de Publicidad eran parte integrante de la relación laboral sostenida por las partes.

No dar por demostrado estándolo que la demandada cancelaba un valor irrisorio al actor a título de salario, para liquidar toda la carga prestacional a la que éste tenía derecho.

No dar por demostrado estándolo que la demandada retribuía los servicios profesionales del actor bajo la denominación de DERECHOS DE PUBLICIDAD, para evadir el pago cabal de las cargas prestacionales y parafiscales propias de los contratos de trabajo sostenido[s] por las partes.

No dar por demostrado estándolo que los valores pagados por concepto de derechos de publicidad eran constitutivos de salario, dado que retribuían directamente los servicios prestados por el actor en su condición de jugador de fútbol profesional.

Dar por demostrado sin estarlo que durante el periodo comprendido entre octubre y diciembre del año 2005, la demandada no suspendió el pago de salarios al demandante.

No tener por demostrado estándolo que el actor percibió una suma pírrica por concepto de incapacidad permanente parcial, cancelada por la A.R.P. de afiliación, al no computarse todos los salarios devengados en el Ingreso Base de Liquidación correspondiente a tal prestación.

Tener por demostrado sin estarlo que el actor no sufrió perjuicios al no computar la demandada como factor salarial todos los pagos que retribuían sus servicios como jugador de fútbol profesional.

Tener por acreditado sin estarlo la validez del Acta de Conciliación levantada bajo el No. 303, en la Inspección Primera de Trabajo y Seguridad Social de Ibagué, el 9 de diciembre de 2005, entre [...] SAAMS DE LA ROSA y la CORPORACIÓN CLUB DEPORTES TOLIMA.

No dar por demostrado estándolo que el Acta de Conciliación relacionada en el punto anterior, violó derechos ciertos e indiscutibles del señor [...] SAAMS DE LA ROSA, al tomar un salario que no correspondía a la realidad.

Asegura que esos yerros fácticos se originaron en la falta de apreciación de los contratos de trabajo que militan a folios 3 a 14, los otrosí visibles a folios 14 (reverso), 24 (parte final) y 33, los contratos de cesión de derechos publicidad de folios 22 a 32, la orden de giro n.º 13026734 suscrita por Colmena ARL el 16 de octubre de 2007, el interrogatorio de parte rendido por el representante de la Corporación Club Deportes Tolima y el reporte de afiliaciones al sistema pensional que reposa a folios 568 a 577.

Paralelamente, esgrime que los errores de facto enumerados también dimanaron de la valoración errada del contrato de trabajo de folios 15 a 21, el contrato de cesión de derechos de publicidad que milita a folios 34 a 35, el acta de conciliación firmada el 9 de diciembre de 2005, la liquidación de prestaciones sociales a 31 de diciembre de 2005, la liquidación del contrato de servicio de publicidad y la confesión ficta decretada en el marco de la audiencia de conciliación celebrada el 22 de febrero de 2008.

En desarrollo de su acusación, el recurrente insiste en que los contratos de cesión de derechos de publicidad eran accesorios a los contratos de trabajo, de donde se sigue que los pagos realizados eran constitutivos de salario.

Transcribe, en sustento de lo anterior, algunos apartes de los contratos de trabajo y de cesión de derechos de publicidad, para demostrar que el segundo de estos acuerdos es accesorio al primero. Así, puntualiza que la cesión podía darse por terminada cuando el jugador incumpliera sus obligaciones laborales y solo había lugar al pago de los derechos de publicidad a condición de que el contrato de trabajo estuviera vigente. Añade que en el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato de publicidad se trae una explicación no pedida, que constituye confesión.

Asevera que con arreglo al aforismo *«lo accesorio corre la suerte de lo principal»*, la suma de \$4.250.000 reconocida por el club deportivo accionado retribuía sus servicios

personales como trabajador, *«así se quisiese disimular su alcance con cláusulas contractuales que tenían la condición de ineficaces a la luz del artículo 43 del C.S.T.»*.

Agrega que la razón de ser del contrato de cesión de derechos de publicidad era el contrato de trabajo, motivo por el cual lo pagado, en función de su carácter retributivo y oneroso, es salario, entre otras cosas, porque *«tal pago obedecía a la condición de jugador de fútbol de la plantilla de la Corporación CLUB DE DEPORTES TOLIMA que detentaba el señor ANTONIO EDUARDO SAAMS DE LA ROSA, sin poder dejar de lado que tal estipendio ingresaba realmente al patrimonio de éste, enriqueciéndolo como dice la ley»*.

Precisa que el equívoco anterior condujo a que el Tribunal manifestara que la conciliación suscrita a instancias de la autoridad del trabajo era válida, no obstante que la misma *«violó derechos ciertos e indiscutibles del trabajador demandante, al tomar un salario que no correspondía a la realidad»*.

Plantea que el juez de alzada omitió valorar la orden de giro n.º 13026734, suscrita el 16 de octubre de 2007 por Colmena ARL, a favor del demandante, en la que se observa que el club accionado reportó ingresos base de cotización por montos inferiores a los realmente percibidos, lo cual originó que la indemnización permanente parcial apenas alcanzara la suma de \$9.529.012, cuando ha debido ser de \$58.340.000.

Aduce que no en vano el representante del club deportivo, al absolver el interrogatorio de parte, señaló al responder la pregunta séptima, que en vigencia del contrato de trabajo esa corporación estaba facultada *«para impartirle órdenes a mi patrocinado, respecto a la ejecución del contrato de publicidad, exigiéndole el cumplimiento de reglamentos, y el uso de manera exclusiva de emblemas deportivos con fines publicitarios»*.

VIII. RÉPLICA

Al oponerse a la prosperidad de los cargos, el accionado asegura que la demanda contiene defectos de técnica, en tanto que en el primer cargo se encuentran inmersas reflexiones fácticas, como las referidas a la dependencia de los contratos. Señala que, en ambas acusaciones, la censura omite enunciar las disposiciones normativas que dan vigor a los acuerdos conciliatorios, así como las normas sustanciales fuente de derechos de los trabajadores, esto, si se tiene en cuenta que los preceptos generales del Código Sustantivo del Trabajo, el Código Civil y la Constitución Política no tienen ese carácter.

En cuanto al fondo de la controversia, manifiesta su respaldo a las inferencias del Tribunal, toda vez que el contrato de cesión de derechos de publicidad es autónomo del laboral y de uso común en la industria del fútbol profesional, además que se financia directamente por los

patrocinadores y no por el club deportivo. Respecto a la conciliación, asegura que no se acreditó que hubiere vicios del consentimiento que invalidaran ese acto.

IX. CONSIDERACIONES

1. No le asiste razón al opositor en las observaciones críticas que dirige contra la demanda de casación. Aun si en gracia de discusión se dijera que el tema relacionado con la subordinación del contrato de cesión de derechos de publicidad respecto al laboral, debió esgrimirse exclusivamente por la senda de los hechos, puesto que la dilucidación de ese aspecto necesariamente implica una revisión del material probatorio, lo cierto es que en el segundo cargo el recurrente planteó el mismo tema, esta vez, por la vía indirecta, de suerte que, si, en efecto, al cargo primero le cupiera alguna crítica formal, tal circunstancia no impediría el estudio de fondo de esta cuestión, dado que en el cargo segundo se planteó lo mismo.

En cuanto a que en ambas acusaciones la censura pretermitió enunciar una norma sustancial fuente de los derechos reclamados, cumple señalar que ello no es cierto, dado que en la demanda se citaron, entre otras, los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, disposiciones que definen los elementos del salario y los pagos que no lo son. Así mismo, advierte la Sala que se

acude al artículo 53 de la Constitución Política que reivindica el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que, al ser un postulado transversal a todo el derecho del trabajo, es absolutamente pertinente para elucidar esta controversia, en el que lo fundamental es determinar si, en su esencia, los dineros percibidos por cesión de derechos de publicidad son o no salario.

Ahora, en cuanto a la afirmación según la cual los principios constitucionales no son genuinamente normas sustanciales, cumple anotar que esta discusión la superó hace tiempo la Sala de Casación Laboral, como se puede ver, entre otras, en las sentencias SL16794-2015, SL3210-2016 y SL1044-2006, en las que se subrayó que algunas de estas disposiciones posee un contenido innegablemente sustancial, puesto que una de las novedades que trajo la Constitución Política de 1991 y que, precisamente, la caracteriza, es que sus enunciados, así sean principios, tienen fuerza normativa y son aplicables directamente. Esto es, ya no son simples declaraciones morales carentes de juridicidad.

Que los principios posean una textura abierta no los priva de su fuerza normativa, antes bien, esa apertura del lenguaje es lo que les permite proyectarse en todo el ordenamiento jurídico hasta llegar a ser un componente fundamental e imprescindible en el razonamiento judicial. De hecho, el modelo constitucional vigente impone tenerlos

en cuenta y otorgarles la posición normativa privilegiada que les corresponde.

En cuanto al punto, en sentencia SL10444-2016 la Sala señaló:

Las observaciones que el opositor formula en contra de la demanda no tienen asidero. En primer término, las disposiciones citadas por el recurrente, relacionadas con la prescripción, tienen un componente sustancial, debido a que de ellas depende la extinción de los derechos emanados de las normas laborales. Por consiguiente, son aptas para estructurar una acusación, tal y como lo sostuvo esta Corporación en sentencia CSJ SL, 4 may. 2010, rad. 34037.

En segundo lugar, las normas constitucionales citadas por el casacionista, indudablemente tienen un carácter sustancial. Una de las principales novedades de la Constitución Política de 1991 es su fuerza normativa y aplicación directa. Ahora, el hecho de que el texto de la Carta Política este compuesto por una gama de principios, ello no desdice su carácter normativo y vinculante, como tampoco su importancia en el ordenamiento jurídico y en el razonamiento judicial.

En esta dirección, la Sala en sentencias CSJ SL16794-2015 y CSJ SL3210-2016, sostuvo que la fuerza normativa de los principios en la legislación laboral y de la seguridad social, se ve reflejada en la función tridimensional que cumplen. Por una parte, son bases estructurales y de ordenación, en tanto orientan, informan y articulan las reglas y, en tal medida, procuran por la coherencia interna de sus disposiciones. De otra parte, cumplen un rol interpretativo e integrador, pues actúan como directrices en el proceso de interpretación y aplicación de las reglas, y en los eventos de insuficiencia normativa, se emplean como fuente integradora del derecho para resolver los casos difíciles o no regulados.

Por ello, para dar cuenta de forma completa de las instituciones del derecho del trabajo, del alcance de algunas de sus reglas o de la solución más acertada, es factible que en la demanda de casación se haga alusión a los principios, para inclusive, derivar de su interpretación verdaderos derechos subjetivos de las partes y reglas materiales con vocación de solucionar directamente los casos.

2. Dicho lo anterior, y en lo que al fondo del asunto concierne, el problema que debe dilucidar la Corte consiste en establecer si los pagos que la Corporación Club Deportes Tolima denomina «*cesión de derechos de publicidad*» son o no salario.

A folios 22 a 35 del expediente militan sendos contratos de «*cesión de derechos de publicidad*», en los que se pactó, a cambio de una suma de dinero fija, que el jugador «*cede al club beneficiario la facultad de utilizar exclusivamente los derechos publicitarios que se originan por concepto de su transferencia nacional e internacional como jugador de fútbol*». En desarrollo de esto, se estipuló que «*el club beneficiario podrá utilizar el nombre e imagen de el jugador cedente en la promoción publicitaria de productos comerciales, resaltando su capacidad de destreza a través de cualquier medio de comunicación, para cuyo efecto el jugador, deberá usar prendas y uniformes deportivos que se le entreguen e indiquen, igualmente los emblemas y menciones publicitarias que solicite el club beneficiario*».

Así mismo, en todos los acuerdos se especifica que el club se obliga a reconocer los derechos de publicidad «*siempre y cuando esté vigente el contrato de trabajo entre el club beneficiario y el jugador*», hasta tanto el Club Deportes Tolima debute en los torneos de los campeonatos profesionales que se precisaron en los contratos, así como que el club podrá darlos por terminados cuando el jugador «*incumpla con las cláusulas de su contrato laboral*».

Sobre el particular, lo primero que advierte la Corte es que los denominados contratos de cesión de derechos de publicidad son *accesorios* al contrato de trabajo, esto es, subsisten hasta tanto el vínculo laboral conserve su vigencia, de modo tal que si este desaparece, aquellos corren igual suerte. Por lo tanto, en una aproximación inicial, es dable inferir que el demandante solo devengaba las rentas de este convenio mientras tuviese la condición de jugador profesional remunerado del equipo de fútbol Deportes Tolima.

En segundo lugar, se observa que los rubros correspondientes a los aparentes contratos de cesión de derechos se causaban por la participación del demandante en los torneos profesionales de fútbol y hasta tanto el equipo fuese eliminado o triunfara en el campeonato, lo que significa que antes de ser una contraprestación derivada del derecho al uso de la imagen profesional, este concepto está vinculado a la participación del deportista en el espectáculo, o sea, cuando compite ante el público y demuestra sus destrezas, rendimiento y habilidades en la cancha, que es principalmente para lo que se le contrató.

En tercer término, se advierte que contrario a lo que sostiene el Tribunal, los pagos por supuesta cesión de derechos de imagen no están ligados auténticamente a una explotación del nombre, imagen y figura del atleta con fines empresariales, sino que, por el contrario, su entrega

obedece directamente a la *actividad deportiva* para la que se le vinculó laboralmente.

Por lo demás, no obran en el expediente medios de persuasión que acrediten el uso real o potencial de la imagen del jugador por parte del club empleador, de modo tal que pueda inferirse seriamente que hubo una captación, reproducción, difusión, propaganda y comercialización de su nombre y figura. En otros términos, no hay constancia de la explotación publicitaria de la imagen del jugador, pues lo único que está probado es que el club reconocía mensualmente, a su arbitrio, una suma de dinero, depositada durante el tiempo en que el deportista hacía el trabajo para el que se le contrató: competir en los partidos del fútbol profesional.

En las condiciones descritas, el Tribunal incurrió en los errores de facto que se le endilgan, debido a que, a la luz de los documentos citados, los pagos derivados de los impropriamente llamados contratos de cesión de derechos de publicidad realmente estaban encaminados a retribuir directamente los servicios profesionales del demandante por su participación en los torneos profesionales Primera A del fútbol colombiano.

3. Vale recordar que conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo es salario «*todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación*

que se adopte», de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial.

No es válido tampoco para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, *«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»* (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

En consonancia con lo precedente, esta Corte, en sentencia SL 35771, 1 feb. 2011, explicó respecto a los pactos no salariales, lo siguiente:

Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no

se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

De otro lado, no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

Al respecto, en sentencia CSJ SL8216-2016 la Corte señaló:

Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante.

En este asunto, como se explicó, es claro que el empleador no logró acreditar la independencia del contrato de cesión de derechos de imagen respecto al contrato laboral, ya que no existe un solo elemento de persuasión que indique que hubo una explotación comercial real y

efectiva de la imagen del trabajador. Antes bien, aparece demostrado que los denominados derechos de publicidad se causaban exclusivamente por la participación del jugador en los torneos Primera A del fútbol colombiano, o sea, por el hecho de la prestación de sus servicios profesionales.

4. En adición a lo expuesto, es oportuno destacar que en la actualidad, la comercialización de los derechos de imagen de los jugadores de fútbol *derivada de la práctica deportiva*, principalmente con la expansión y desarrollo de los medios de comunicación y las tecnologías de la información, es una actividad corriente de los clubes deportivos de fútbol profesional. Esto es, la promoción de marcas en los uniformes, la explotación de la transmisión, publicidad y, en general, el aprovechamiento económico de la competición son actividades que hoy corresponden al giro ordinario de las empresas deportivas.

Al respecto, el artículo 28 de la Ley 181 de 1995, dispone que las entidades de deporte «*son titulares de los derechos de explotación comercial de transmisión o publicidad en los eventos del Deporte Competitivo organizado por ellas, así como de la comercialización de los escenarios, conforme a lo establecido por la Ley 16 de 1991*».

En cuanto al carácter de empresa que poseen los clubes deportivos, la Corte Constitucional en sentencia C-320-97, expuso:

[...] Finalmente, las asociaciones deportivas, si bien no tienen ánimo de lucro, y no son por ende sociedades comerciales, sí ejercen una actividad económica, puesto que contratan jugadores, reciben ingresos por conceptos de ventas de entradas a los espectáculos y derechos de transmisión, promocionan marcas, etc, pues son “titulares de los derechos de explotación comercial de transmisión o publicidad en los eventos del deporte competitivo” (art. 28 de la Ley 181 de 1995). Son entonces verdaderas empresas, en el sentido constitucional del término, por lo cual su actividad recae bajo las regulaciones de la llamada Constitución económica (CP arts 58, 333 y 334). Así, en relación con el fútbol, esta Corporación ya había señalado:

El fútbol es un deporte que cumple simultáneamente varias funciones: recrea a los espectadores, genera una actividad económica y hace posible la realización personal del jugador. Como juego de competición, el fútbol es un medio de esparcimiento de multitudes, que gracias a los avances tecnológicos en el área de las comunicaciones, tiende a universalizarse y a estrechar los vínculos entre los diferentes países. Su internacionalización, por otra parte, ha llevado a que sea también un negocio atractivo para los inversionistas. El fútbol, concebido como empresa, al igual que otros deportes, es un negocio en el que se invierten grandes cantidades de dinero, en parte debido a las altas sumas en que se cotizan los jugadores.

Desde este ángulo, el objeto de las asociaciones o corporaciones deportivas profesionales no se agota en su función social de fomento, promoción y práctica del deporte, pues también desarrollan una función económica, que los caracteriza como verdaderas empresas. Y, si ello es así, el poder de dirección del club se manifiesta en distintas direcciones, por un lado, en la posibilidad de dar instrucciones respecto al entrenamiento, formación, cuidado físico y asistencia a torneos, ligas o competiciones organizadas por los entes deportivos, y por otro, en la capacidad de dar órdenes en cuanto al uso de prendas, uniformes, emblemas, distintivos y propagandas.

De hecho, en los contratos de trabajo enunciados por el recurrente en casación, dentro de las obligaciones del trabajador, se incluyó la previsión de que este debía «*usar los uniformes, distintivos y/o propaganda que determine la CORPORACIÓN sin que por esta razón reciba ningún tipo de remuneración*» (f.º 3 a 14), de manera que desde antes, en el ámbito del contrato de trabajo, el empleador ya se había reservado el poder de usar la imagen del trabajador en el campo de fútbol para hacer propaganda con las marcas de los patrocinadores. Por lo tanto, la creación ulterior de un supuesto contrato comercial no es más que una estrategia que utilizó el club deportivo para esconder una realidad que ya venía inmersa en la relación de trabajo, en detrimento de los derechos laborales de sus trabajadores.

5. Lo expuesto no significa que la celebración de contratos de cesión o autorización de uso de la imagen de los jugadores de fútbol con fines económicos, sea *per se* un arquetipo propio de una relación de trabajo, con efectos salariales. Desde luego que no. Lo que debe quedar claro es que los pagos derivados de los denominados formalmente por el club deportivo «*cesión de derechos de publicidad*» o «*cesión de derechos de imagen*» en realidad son retributivos de la prestación de los servicios del demandante como jugador de fútbol profesional que, en consecuencia, no corresponden a un uso comercial de su nombre o figura por fuera de la competición.

85

Por esta misma razón, otro tipo de percepciones, derivados genuinamente de contratos de cesión de imagen *disociados* de la práctica deportiva, como sería el caso de los pactados directamente con las marcas comerciales para la explotación de la imagen, no caen en el ámbito laboral y, por tanto, concurren con el contrato de trabajo.

6. Finalmente, al ser revelada la naturaleza salarial de lo que percibió el demandante por los supuestos «*contratos de cesión de derechos de publicidad*», queda también en evidencia el error de facto consistente en «*dar por demostrado sin estarlo que durante el periodo comprendido entre octubre y diciembre del año 2005, la demandada no suspendió el pago de salarios al demandante*». En efecto, de acuerdo con el acta de conciliación suscrita el 9 de diciembre de 2005 el actor recibió, después de deducciones, la suma de \$10.357.500 «*por pagos de publicidad correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2005*», dineros que según se explicó, tienen clara repercusión retributiva.

Lo anterior pone de manifiesto que la conciliación se celebró luego de que el actor duró dos meses y un poco más sin recibir el 85% de su ingreso mensual; en otras palabras, la diligencia se materializó justo cuando la libre voluntad del demandante se encontraba quebrada por cuenta del estado de necesidad y asfixia económica a la que lo sometió el club deportivo, al privarlo de la mayor parte de su salario durante un tiempo considerable. Ante la falta de una

auténtica libertad al momento de dar el consentimiento, se invalidará el acta de conciliación.

En estos términos, la demanda de casación tiene éxito y, en consecuencia, se casará la sentencia en su plenitud.

Sin costas en el recurso de casación.

Como quiera que en algunos contratos de cesión de derechos de imagen se pactó que los pagos se harían hasta tanto la Corporación Club Deportes Tolima participe en los torneos allí enunciados o el equipo sea eliminado, la Corte, para mejor proveer, oficiará a la División Mayor del Fútbol Colombiano (DIMAYOR), a fin de que certifique lo siguiente:

1. Hasta qué día y mes del primer torneo del campeonato profesional Primera A, organizado por la Dimayor para el año 2000, participó el Club Deportes Tolima.
2. Hasta qué día y mes del primer torneo del campeonato profesional Primera A, organizado por la Dimayor para el año 2001, participó el Club Deportes Tolima
3. Hasta qué día y mes del **primer** torneo del campeonato profesional Primera A, organizado por la Dimayor para el año 2003, participó el Club Deportes Tolima
4. Hasta qué día y mes del **segundo** torneo del campeonato profesional Primera A, organizado por la Dimayor para el año 2003, participó el Club Deportes Tolima.
5. Hasta qué día y mes del Torneo Mustang (II) 2004, organizado por la Dimayor, participó el Club Deportes Tolima.

Por medio de la Secretaría de la Sala de Casación Laboral se dará cumplimiento a lo anterior. Una vez recibida la información, deberá ser puesta a disposición de las partes por el término de (3) tres días contados a partir de la fecha de su recibo, luego de lo cual ingresará el expediente al despacho para lo que corresponda.

Las costas de las instancias se diferirán hasta cuando se emita la correspondiente sentencia de reemplazo.

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 21 de octubre de 2009 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario laboral que **ANTONIO EDUARDO SAAMS DE LA ROSA** adelanta contra la **CORPORACIÓN CLUB DEPORTES TOLIMA**.

Sin costas en casación.

Para mejor proveer en sede de instancia, se ordena que por intermedio de la Secretaría de la Sala de Casación Laboral, se oficie a la División Mayor del Fútbol Colombiano (DIMAYOR), a fin de que, en el término de cinco (5) días

contados a partir del recibo de la respectiva comunicación, certifique lo siguiente:

1. Hasta qué día y mes del primer torneo del campeonato profesional Primera A, organizado por la Dimayor para el año 2000, participó el Club Deportes Tolima.
2. Hasta qué día y mes del primer torneo del campeonato profesional Primera A, organizado por la Dimayor para el año 2001, participó el Club Deportes Tolima
3. Hasta qué día y mes del primer torneo del campeonato profesional Primera A, organizado por la Dimayor para el año 2003, participó el Club Deportes Tolima
4. Hasta qué día y mes del segundo torneo del campeonato profesional Primera A, organizado por la Dimayor para el año 2003, participó el Club Deportes Tolima.
5. Hasta qué día y mes del Torneo Mustang (II) 2004, organizado por la Dimayor, participó el Club Deportes Tolima.

Una vez se obtenga la documental requerida, la Secretaría de la Sala la pondrá a disposición de las partes por el termino de 3 días, contados a partir de su recibido conforme a la parte motiva de esta providencia.

Cumplido lo anterior, vuelva el expediente al Despacho para tomar la decisión que en derecho corresponda.

Notifíquese, publíquese, cúmplase.

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Salvo voto

FERNANDO CASTILLO CADENA

Salvo voto

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Salvo voto.

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Salvo voto

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL



Se deja constancia que en la fecha se fijó edicto

Bogotá, D.C. 17 AGO 2017 8am


Secretario

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL



Se deja constancia que en la fecha se desfijó edicto

Bogotá, D.C. 17 AGO 2017 3pm

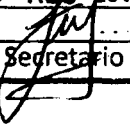

Secretaria

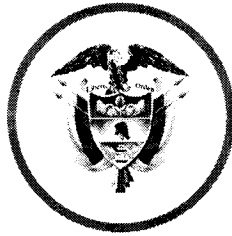
M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL



Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la presente providencia

Bogotá, D.C. 23 AGO 2017 Hora: 3pm


Secretario



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada Ponente

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n° 44416

**REFERENCIA: ANTONIO EDUARDO SAAMS DE LA
ROSA vs. CORPORACIÓN CLUB DEPORTES TOLIMA.**

Con el acostumbrado respeto me permito disentir del criterio mayoritario por cuanto, desde mi perspectiva, los valores que a título de derechos publicitarios recibió el actor como futbolista profesional, no implican una retribución salarial, dada la naturaleza jurídica del acuerdo que suscribió para tal efecto.

Comparto la posición que asumió el Tribunal al hacer producir efectos al artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se prevé la posibilidad de que empleador y trabajador formalicen, paralelamente a la relación de trabajo subordinada, un convenio de estirpe diferente, sin que ello signifique la afectación del vínculo laboral, el cual conserva su identidad.

La actividad futbolística resulta ser **compleja** en la medida que no solo es un espectáculo y un germen de ingresos para quienes la toman como profesión, sino que igualmente se enerva como una fuente pecuniaria a favor de las personas jurídicas o sociedades que a ella se dedican; así, no puede desconocerse que alrededor del balompié surgen varias relaciones contractuales, entre ellas las que interesan directamente a quien ejerce dicho deporte como profesión, la cual, sin lugar a dudas, es de estirpe laboral en tanto el jugador se subordina frente al club que lo contrata para que se desempeñe como futbolista a cambio de una determinada suma de dinero; e igualmente existe la vinculación comercial entre quien funge como empleador y **un tercero**, que, valiéndose del trabajador que por sus particulares dotes atrae el consumo de servicios y productos, pacta con el club la utilización de diferentes medios publicitarios, y éste a su vez logra del jugador **la cesión de su derecho de imagen**; así, es viable la concurrencia de relaciones civiles y laborales, que en cada caso es preciso analizar a efectos de que en realidad, y en desmedro del asalariado, no se lleguen a confundir.

Resulta entonces necesario abordar el tema relativo al derecho de imagen que involucra la utilización del nombre, de la voz, de la figura, de las destrezas que cada individuo tiene y que pueden provocar ganancias patrimoniales, por lo que en principio no es viable que los demás se lucren de aquellas características, a menos que cuenten con su consentimiento. Así las cosas cuando un club deportivo ha acordado con el jugador que por la explotación de su imagen

le concederá una suma determinada de dinero, ésta no puede ser calificada de salario porque el origen de ese estipendio no es propiamente el desarrollo de la actividad deportiva, sino el uso de su figura, destreza, en fin, de una publicidad que le generan al empresario unos recursos adicionales, obviamente extracontractuales que, por su propia esencia, pueden ser cedidos, figura que, a no dudarlo, se torna ajena al derecho del trabajo.

Por ello considero que el sentenciador no incurrió en ningún desaguizado, por lo menos con el carácter de ostensible o evidente, cuando deslindó las dos contrataciones que operaron frente al demandante, pues es justamente esto lo que las cláusulas del convenio comercial consagran, al indicar:

*PRIMERA. El jugador **cede** al club beneficiario la facultad de utilizar exclusivamente **los derechos publicitarios** que se originan por concepto de transferencia nacional e internacional como jugador de fútbol. SEGUNDA. En desarrollo de lo acordado en la cláusula primera, el club beneficiario podrá utilizar el nombre o imagen del jugador cedente en la promoción publicitaria de productos comerciales, resaltando su capacidad de destreza a través de cualquier medio de comunicación, para cuyo efecto el jugador, deberá usar prendas y uniformes deportivos que se le entreguen e indiquen igualmente los emblemas y menciones publicitarias que soliciten el Club beneficiario.*

La Sala, en sentencia del 27 de julio de 2005 radicación 24744, al tratar un asunto de similares contornos dijo:

En realidad, del segundo de tales convenios, el Tribunal sólo extrajo los aspectos de imposición de ordenes e instructivos, que lo llevaron a asimilarlo a uno laboral, mas no evidenció, para los fines de la condena por sanción moratoria, que la Corporación Deportiva tenía

poterosas razones para considerar bien diferenciadas las dos contrataciones y la coexistencia de ellas, en la forma prevista en el artículo 25 del C. S. del T. y, como lo resalta la recurrente, ese segundo contrato contiene cláusulas y disposiciones que no son connaturales al pacto laboral, como la cesión, la imposición de multas y la prohibición de cesión; a más que no son iguales las actividades y objetivos de cada uno de ellos, toda vez que en uno, se estipuló la prestación del servicio de “Jugador de fútbol profesional”, mientras en el otro, la esencia fue la “PUBLICIDAD”, pues se dispuso que el contratista “..en los uniformes de entrenamiento, competencia y presentación, lucirá los Logotipos de las firmas patrocinadoras del CONTRATANTE que a su vez entregará la dotación. Igualmente deberá lucir los uniformes en los sitios y horas que el contratante así se lo indique..”.

Por todo ello, se repite, el Tribunal debió concluir que las razones dadas por la entidad corporativa, al proponer medios exceptivos en la primera audiencia de trámite, tenían asidero para efectos de precisar su buena fe al considerar que se hallaba en presencia de dos contratos distintos, y que el de gestión publicitaria no le generaba obligaciones de tipo laboral.

Así, considero que el juzgador acertó al pregonar que es posible mantener separadas las dos actividades, dado que, como se describe en la jurisprudencia arriba transcrita, son enteramente diferentes, pues mientras la primera implica la prestación personal del servicio de jugador a cambio de una retribución salarial, la otra conlleva la «cesión de su nombre, imagen y fama publicitaria» por la que perfectamente puede pactar un pago de naturaleza diferente, que en esencia también involucra ganancias intangibles a su favor, como la buena fama, el buen nombre del que goza el patrocinador y del que el deportista se beneficia directa o indirectamente, en tanto el público lo asocia con la marca.

Ahora, no resulta imposible descubrir que en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades adoptadas por las partes, el convenio adicional al laboral resulte ser una forma de disimular la

verdad. Sin embargo, a quien pretende dicha declaración, incumbe la carga de demostrar que ello es así; y esta divergencia entre la realidad y lo pactado con el demandado, para mí, no fue demostrada por el promotor del litigio.

De otra parte desde la órbita de lo fáctico, el impugnante no cuestiona el argumento del fallador de la alzada, consistente en que la cesión de derechos publicitarios no se limitaba a portar el uniforme y el distintivo del club deportivo, sino además, a utilizar el nombre e imagen del jugador cedente en la promoción de productos comerciales; de esta suerte, dicha premisa que permanece inalterable sirve de sustento al fallo impugnado, merced a la presunción de legalidad y acierto que lo acompaña.

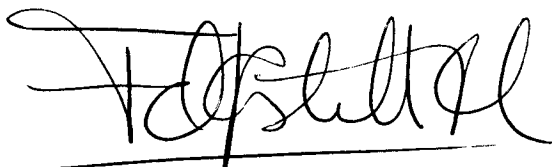
Menos puede estimarse evidentemente equivocado que la advertencia de que la suma pactada como precio por el contrato de publicidad no constituye salario, sino que su pago se hará con cargo al contrato de publicidad que la corporación deportiva tiene con Bavaria S.A. (fl. 34; parágrafo cláusula 4ª), puesto que si la contraprestación acordada se pagaba con recursos provenientes de una persona jurídica distinta al empleador, no deviene equivocado haber inferido que lo pagado al trabajador por este concepto no podía ser catalogado como salario, a más de que tal pacto es lícito en virtud de la preceptiva del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para terminar, no puede desconocerse que en una actividad tan particular como es el balompié profesional, los

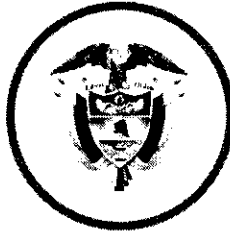
clubes se ven en la necesidad de obtener ingresos provenientes de la publicidad de marcas y productos, a cambio de que, bajo las reglas de una relación comercial, los promocionen en los escenarios y en los uniformes de los jugadores y reciban, como contraprestación, determinadas sumas de dinero de las cuales hacen partícipes a aquellos, sin que tal comportamiento pueda considerarse lesivo de sus derechos, en la medida en que entre el dueño de la marca (tercero) y el futbolista, que porta en su uniforme propaganda alusiva al producto, no media acuerdo alguno, ni hay subordinación, ni pacto salarial.

Entonces, por lo discurrido estimo que los cargos no debieron salir victoriosos.

Fecha ut supra



FERNANDO CASTILLO CADENA



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada Ponente

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No. 44416

Respetuosamente salvo el voto respecto de las providencias de fecha 02 de agosto de 2017 y 25 de abril de 2018, rad. Interno 44416, cuyo expediente fue remitido a mi Despacho el 29 de mayo de 2018.

Como quedó consignado en la sentencia de casación proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la fecha de la referencia, la discusión sobre si el contrato denominado «cesión de derecho de publicidad» tenía el carácter de salario, o por el contrario, dentro de la autonomía de la voluntad, podían las partes pactar, a la par de la relación de trabajo, otro tipo de contrato que complementara la labor para la cual fue contratado el demandante.

Se comienza por expresar que en mi criterio acertó el tribunal cuando, como bien lo resumió la sentencia de casación del 2 de agosto de 2017, estudió cada uno de los

puntos planteados por el recurrente, en efecto dicha Corporación, para desatar la impugnación, se ocupó de definir: (i) si la suma de dinero percibida en el marco del contrato de cesión de derechos de publicidad, era o no salario; (ii) si la inasistencia injustificada del representante del club deportivo a la audiencia de conciliación implicó la confesión ficta de algunos hechos de la demanda; y (iii) si la retención de los pagos por concepto de publicidad durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2005, tenía el propósito de forzar la firma del acuerdo conciliatorio, ello, para establecer si en dicho acto medió o no la libre voluntad del demandante.

En concreto sobre el primer punto dijo:

Frente al primero de esos temas, el juez plural recordó que conforme al artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, es posible que el contrato de trabajo concorra con otros de distinta naturaleza. Agregó, en ese sentido, que el deporte, en muchos casos, es una actividad que también puede ser objeto de explotación económica, con mayor razón cuando se trata de un deporte de masiva difusión y comercialización como lo es el fútbol.

Señaló que la naturaleza de la labor desempeñada por el demandante, “trae consigo necesariamente el ejercicio de otra actividad económica, denominada “publicidad”, actividad que bien pudo adquirir su propia individualidad en el contrato, o que pudo ser un elemento constituido para simular el verdadero salario del jugador”. Citó, a espacio seguido, un precedente horizontal en el que al dilucidar una demanda idéntica instaurada contra el Club Deportes Tolima, esa Corporación determinó que lo devengado por publicidad, es un concepto desprovisto de connotación salarial.

Aseguró que el objeto del contrato de trabajo era disímil de cesión de derechos de publicidad, en tanto que el primero tuvo como objeto la “prestación personal del servicio como jugador profesional” y el segundo estuvo dirigido a la “cesión de su nombre, imagen y fama publicitaria”, en desarrollo de lo cual transcribió algunos pasajes de estos convenios comerciales.

Sostuvo que el contrato de cesión de derechos de publicidad no implicaba necesaria y exclusivamente el uso de las prendas y uniformes deportivos, “pues de una lectura simple y desprevenida del contrato, se advierte como se le otorga al club beneficiario, la “facultad” de exigir o no la utilización de sus emblemas y de utilizar la imagen del jugador con fines publicitarios, lo cual implica que inclusive en los períodos en que los jugadores no están prestando sus servicios personales, ya sea por cambio de temporada, vacaciones, incapacidades, etc., el club beneficiario tiene la facultad de realizar publicidad con el nombre e imagen de los jugadores, ya sea mediante afiches, entrevistas, propagandas o cualquier medio publicitario, caso en el cual, estarían obligados a usar los uniformes y emblemas deportivos para tal efecto”.

Adujo que la cláusula que condicionó el contrato de cesión de derechos de publicidad a la vigencia del contrato de trabajo, es lógica, puesto que no tendría sentido hacer publicidad con la imagen de un trabajador que no es parte del equipo de fútbol.

En armonía con lo anterior, concluyó que el convenio de publicidad “adquirió su propia individualidad respecto del contrato de trabajo”, teniendo en cuenta, además, que el testigo Carlos Darío Acosta Grisales corroboró la existencia de dos contratos diferentes. (Reverso folio 74 y 75 del Cuaderno de la Corte).

En cuanto al segundo problema que se planteó, consideró que la confesión ficta se desvirtuó con el material probatorio que acopió.

Finalmente, respecto al tercer aspecto, manifestó que el demandante no podía alegar que la retención de salarios lo obligó a aceptar un arreglo conciliatorio, puesto que, por un lado, los dineros que provenían del contrato de cesión de derechos de publicidad no eran salario y, por otro, conforme a la liquidación de prestaciones sociales, el único salario adeudado a 31 de diciembre de 2005, correspondía a ese mes. Añadió que, en todo caso, el accionante pudo promover una acción civil para reclamar el pago de los valores dimanantes del contrato de cesión de derechos de publicidad.

A lo anterior debo agregar, que como bien lo sostuvo el tribunal, el llamado contrato de «cesión de derechos de publicidad», si bien se origina en la calidad de jugador de fútbol de la entidad demandada, tiene otra finalidad, paralela o alternativa de tal condición, como es la de vender la imagen como medio de publicidad, tal contrato no es más que un acuerdo de voluntades en el que se pactan las condiciones para la utilización de la imagen de una persona, en fotografías, vídeos, etc, por parte de un tercero, que bien puede ser una empresa de publicidad o de cualquier otra clase, para que acceda a tal derecho mediante el pago de una suma de dinero .

Es que el derecho a la propia imagen es un atributo de la personalidad de cada individuo, imagen que no puede ser comercializada sin su autorización, y por lo tanto al ceder el derecho a su explotación con fines comerciales, la persona

está realizando un negocio jurídico, que no se puede confundir con el objeto del contrato de trabajo, es más, en el contrato (Visible de folios 3 a 5 del cuaderno principal) el demandante se comprometió a; «(...) *f) A usar los uniformes, distintivos, y/o propaganda que determine la CORPORACIÓN, sin ninguna clase de remuneración*». Esta misma cláusula se encuentra en los contratos que obran de folios 9 a 14 del cuaderno de primera instancia.

El contrato de cesión de derechos de publicidad se encuentra a folios 25 y ss del cuaderno principal, y en él se determina que el pago de la cesión de los derechos de publicidad, se harán con cargo a otro contrato de publicidad que tiene la Corporación CLUB DEPORTES TOLIMA, con la CERVECERÍA LEONA S.A., en tal contrato se dispuso que estas sumas no serían factor de salario.

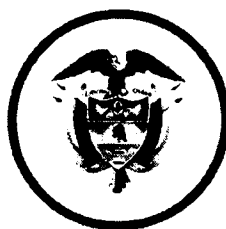
Este tipo de acuerdo es legal, tiene un fin expreso en ceder a título oneroso la explotación de la imagen de una persona, explotación que se da aun sin necesidad de jugar al fútbol, y que le genera ingresos adicionales al cedente.

Por último no sobra advertir que ni la indemnización moratoria ni la sanción por la no consignación de la cesantía, establecidas por la mayoría de los integrantes de la Sala tiene algún fundamento, pues está demostrado que de buena fe, y en uso de su libre voluntad, las partes habían celebrado un contrato comercial, distinto al de trabajo para la cesión de derechos de publicidad, en el que expresamente se estableció que lo obtenido por el jugador

en razón de la explotación de su imagen no era salario, es decir el empleador de buena fe tenía serios argumentos para pensar que tales pagos no constituían salario, y es tan dudoso este tema, que un juez unipersonal absolvió, tres magistrados del tribunal superior confirmaron la sentencia absolutoria del juez, y tres magistrados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia salvamos el voto.

Dejo así sustentado mi salvamento de voto.


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Rigoberto Echeverri Bueno
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL
MAGISTRADO RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Radicación N° 44416

Respetuosamente me permito dejar consignadas las razones de mi salvamento de voto.

En la sentencia de casación emitida por la Sala se estimó que los pagos efectuados por parte de la institución accionada al demandante, con ocasión del contrato de cesión de derechos de publicidad, tenían carácter salarial. Para ello, la Sala se apoyó en tres premisas, a saber: *i)* que el contrato de cesión de derechos por publicidad es accesorio al contrato de trabajo, dado que subsiste hasta tanto el vínculo laboral conserve su vigencia, pues solo podía percibirlos mientras fuera jugador de equipo de fútbol; *ii)* que los pagos derivados del contrato de cesión en mención se causaban por la participación del actor en los torneos de fútbol y hasta tanto el equipo fuera eliminado o triunfara en el campeonato, *“lo que significa que antes de ser una contraprestación derivada del derecho al uso de la imagen profesional, este concepto está vinculado a la*

participación del deportista en el espectáculo”; y iii) que dichos pagos no están ligados auténticamente a una explotación del nombre, imagen y figura del atleta con fines empresariales, sino que obedecían directamente a la actividad deportiva para la que se vinculó laboralmente al demandante.

Cabe destacar que, en el contrato de cesión de derechos de publicidad, obrante a folios 22 a 35 del expediente, se pactaron las siguientes cláusulas:

PRIMERA: El jugador, cede al club beneficiario la facultad de utilizar exclusivamente los derechos publicitarios que se originan por concepto de transferencia nacional e internacional como jugador de fútbol.

SEGUNDA. En el desarrollo de lo acordado en la cláusula primera, el Club Beneficiario podrá utilizar el nombre e imagen del juzgador cedente en la promoción publicitaria de productos comerciales, resaltando su capacidad de destreza a través de cualquier medio de comunicación, para cuyo efecto el jugador deberá usar prendas y uniformes deportivos que se entreguen e indiquen, igualmente los emblemas y menciones publicitarias que solicite el club beneficiario.

(...)

CUARTA: El Club beneficiario se obliga a pagarle al juzgador cedente en contraprestación por la cesión de los derechos que hace referencia el presente contrato trimestralmente la suma de DIEZ MILLONES CINCUENTA MIL (\$10.050.000) PESOS MCTE, siempre y cuando esté vigente el contrato de trabajo entre el Club Beneficiario y el Jugador.

PARÁGRAFO PRIMERO: Las partes acuerdan que la suma que recibe el jugador por concepto de la cesión de derechos publicitarios no tiene su fundamento en la prestación de servicios personales. Por lo tanto, las partes acuerdan que esa suma de dinero, que el jugador recibe por la cesión de derechos publicitarios no constituye salario para ningún efecto legal ni prestacional de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la ley 50/90”.

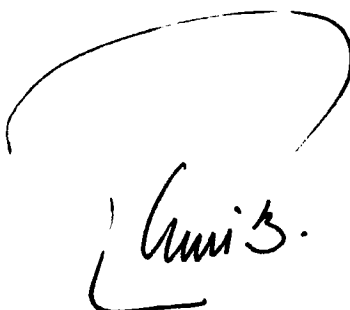
A partir de lo anterior, puede predicarse de manera razonable que el hecho de que las partes hayan sometido el pago de la cesión de derechos por publicidad a la vigencia del contrato de trabajo no significa necesariamente que este acuerdo sea accesorio al contrato de trabajo, pues claramente mantenía su autonomía e independencia de éste, dada la finalidad acordada por las partes en cuanto a que el Club podía utilizar el nombre y la imagen del jugador en actividades y con fines comerciales y en la promoción publicitaria, para lo cual el jugador debía utilizar las prendas y uniformes deportivos de la institución.

La legislación laboral permite que con el contrato de trabajo coexistan otros de diferente índole pero salvaguarda la naturaleza del primero, tal como se desprende del artículo 25 del C.S.T., en el que se dispone que aunque el vínculo laboral se presente en concurrencia con otros no pierde su carácter y, por ende, le son aplicables las normas del trabajo. De igual forma, la jurisprudencia de esta Sala de la Corte ha reconocido tal concurrencia de contratos.

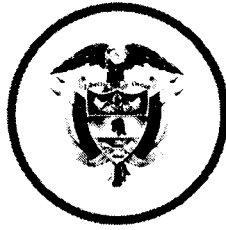
También resulta importante destacar que si las partes acordaron el carácter no salarial de los pagos derivados por el contrato de cesión por derechos de publicidad, dicho acuerdo, en todo caso, debe respetarse a la luz del artículo 128 del C.S.T., que valida este tipo de acuerdos, máxime que no aparece acreditada de ninguna manera que los mismos hubiesen sido otorgados al demandante por la prestación laboral del servicio, sino que su finalidad era netamente comercial.

Por las mismas razones, manifiesto mi disenso frente a la decisión adoptada posteriormente en sede de instancia, por cuanto la Sala no podía emitir sentencia condenatoria, teniendo en cuenta los derechos de publicidad como salario.

Dejo en los anteriores términos sustentado mi salvamento de voto respecto de la posición mayoritaria de la Sala en el presente asunto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rigoberto Echeverri Bueno' in a cursive style. The signature is positioned above the printed name.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada Ponente

Radicado n.º 44416

**ANTONIO EDUARDO SAAMS DE LA ROSA vs.
CORPORACIÓN CLUB DEPORTES TOLIMA.**

Como lo dejé asentado en la Sala respectiva, aclaro mi voto frente a la consideración según la cual no hay interpretación errónea cuando, para efectos de calificar el contenido salarial de un pago con fundamento en el artículo 127 del C. S. del T., el tribunal toma como criterio jurídico el que el pago se haga para retribuir el servicio, o negarlo porque no engrosan el patrimonio del trabajador, sino que persigue facilitar el desarrollo a cabalidad de las funciones, como lo prevé el artículo 128 *ibídem*.

Es una afirmación simplista a la que le faltó mayor explicación, porque si bien la primera parte del artículo 128

del Código Sustantivo del Trabajo dispone, entre otros eventos, que no es salario lo que el trabajador recibe, no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, la parte final de dicho precepto, regula igualmente que no son salario, además de las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VIII y IX, *«los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad»*.

Para no alargar más esta aclaración, me remito a la sentencia de casación del 12 de febrero de 1993, radicación 5481 de la extinguida Sección Segunda, en la que, entre otros apartes, para referirse a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, con las modificaciones introducidas por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, señaló:

Estas normas, en lo esencial, siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como parece darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador, o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia, pagos que son

'salario' pueden, no obstante, excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.).

Fecha ut supra.


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Magistrado