

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	CONSUELO GUTIÉRREZ VARELA
DEMANDADOS	RED COLOMBINA DE SERVICIOS S.A. – REDCOLSA S.A.
RADICACIÓN	76001310500320200046901
TEMA	CONTRATO DE TRABAJO
DECISIÓN	SE REVOCA LA SENTENCIA ABSOLUTORIA CONSULTADA

AUDIENCIA PÚBLICA No. 67

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, en la que se resolverá la consulta a favor de la demandante de la sentencia absolutoria identificada con el No. 44 del 22 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 29

I. ANTECEDENTES

CONSUELO GUTIÉRREZ VARELA demanda a la **RED COLOMBINA DE SERVICIOS S.A.** -en adelante **REDCOLSA S.A.**-, con el fin de que se

declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 22 de julio de 1999 hasta el 18 de marzo de 2020. Pide que se condene a la demandada al pago del auxilio de cesantía, intereses sobre la cesantía, vacaciones, prima de servicios, pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión, todos desde el 22 de julio de 1999 hasta el 18 de marzo de 2020, la indemnización moratoria establecida en el art. 29 de la Ley 789 de 2002 por el no pago de prestaciones sociales y vacaciones, la sanción moratoria establecida en el núm. 3° del art. 99 de la Ley 50 de 1990, por el no pago ni consignación del auxilio de cesantía, y la indexación de las condenas o intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de lo pedido manifiesta que REDCOLSA S.A. la contrató en el año 1999 a término indefinido como “*vendedora de chance manual y libreta*” en una caseta ubicada en la calle 26b #29-12 del barrio El Jardín de Cali; que cumplía un horario de lunes a viernes durante nueve horas y media, y los sábados y domingos “*ocasionalmente de 3 a 4 horas*”, que el último salario que devengó fue la suma de \$850.000 fruto de los porcentajes que se le pagaban por las Comisiones de Apuestas y Super Giros; que no se le pagaron prestaciones sociales, vacaciones ni se le hizo aportes a la seguridad social en pensión.

REDCOLSA S.A. indica que la demandante no fue su trabajadora, sino que ingresó a la empresa el 17 de octubre de 2007 hasta el 1° de octubre de 2020, mediante un contrato de colocación independiente de apuestas permanentes, regulado por el art. 13 de la Ley 50 de 1990; que comercializaba productos de juego de suerte y azar a través de una máquina portátil en una caseta que estaba ubicada en espacio público al lado de una panadería; que esa caseta era aperturada por la demandante en los horarios considerados por ella, y que ella era quien manejaba las llaves, en razón a que la máquina portátil le permitía vender desde cualquier lugar; que “*la caseta fue levantada*”, pero la demandante continuó con el contrato de colocación independiente de apuestas permanentes vendiendo con la

máquina portátil de manera ambulante hasta el 1° de octubre de 2020 cuando ella de manera voluntaria devolvió la máquina; aduce que la actora no cumplía horario, y explica que los formularios de apuestas colocadas en el público debían ser entregadas antes de la hora del sorteo de la lotería correspondiente y que así lo ordena la norma; señala que la demandante no tenía un salario, sino una ganancia de comisión variable sobre las ventas que hacía.

Propuso las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe del demandado y prescripción, entre otras.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juzgadora de instancia absolvió a REDCOLSA S.A. de las pretensiones. Condenó en costas a la demandante.

En su orden dijo que la demandante no prueba la fecha de inicio del contrato, que sí se demostró los extremos temporales de la relación en el contrato de colocación de apuestas hasta el 1° de octubre de 2020.

Señaló que el testimonio de HECTOR VELÁSICO TRUJILLO no le pareció convincente lo que dijo respecto al lugar donde estaba ubicada la caseta en que la demandante vendía chance, ni la hora de la prestación del servicio por parte de la demandante; por lo cual, concluyó que no lo tenía en cuenta.

Consideró que con el testimonio de MARÍA ELSURY HERNÁNDEZ encuentra demostrado que los colocadores son los que determinan los horarios y la comisión que ganan.

Siguió diciendo que no se encuentra demostrada la vinculación que permita declararla. Por último, indica que la subordinación se encuentra plenamente desvirtuada con la documentación aportada por la pasiva.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se surte el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia a favor de la demandante.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, no se presentaron alegatos.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

4.1. ANOTACIONES PRELIMINARES

Antes de plantear los problemas jurídicos a resolver, la Sala precisa que en el presente asunto está por fuera de discusión que CONSUELO GUTIÉRREZ VARELA prestó sus servicios personales para REDCOLSA S.A., así se admitió por parte de la demandada al indicar que la demandante era colocadora de apuestas vendiendo juegos de suerte y azar.

En lo que sí hay discusión es sobre si esa prestación del servicio de la demandante fue mediante un contrato comercial o un contrato de trabajo, y sobre los extremos temporales de la prestación personal del servicio, pues la actora indica que fue contratada el 22 de julio de 1999 y la demandada indica que suscribió con la demandante un contrato de colocación independiente de apuestas permanentes, regulado por el art. 13 de la Ley 50 de 1990, a partir del 17 de octubre de 2007, ambas coinciden

en que el vínculo se terminó en el año 2020, la parte actora indica que fue el 18 de marzo y la demandada el 1° de octubre, respecto a esta última fecha la juez indicó que estaba demostrada.

4.2. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

Por tanto, en virtud de la consulta de la sentencia a favor de la demandante, los problemas jurídicos que se resolverán son los siguientes:

i) si las partes estuvieron ligadas por una relación laboral dependiente y subordinada o, si, por el contrario, lo que existió fue un contrato ejecutado en forma autónoma e independiente por la demandante y regido por normas ajenas al derecho laboral, como lo asegura la apoderada judicial de REDCOLSA S.A.. En el evento en que se declare la existencia de un contrato laboral se procederá a resolver los siguientes puntos: **ii)** cuáles fueron los extremos de la relación laboral; **iii)** el salario que la actora devengó durante la vigencia de la relación laboral; **iv)** si tiene derecho al pago de las prestaciones sociales y vacaciones; **v)** si es procedente la condena por aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensión; **vi)** si se debe condenar al pago de la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales; **vii)** si procede o no la sanción moratoria establecida en el núm. 3° del art. 99 de la Ley 50 de 1990, por el no pago ni consignación del auxilio de cesantía; **viii)** si procede la condena por intereses moratorios o la indexación de las anteriores condenas; y **ix)** si prosperan las excepciones propuestas por REDCOLSA S.A.. En su orden se resuelven cada uno de los problemas planteados.

4.3. TESIS QUE LA SALA DEFIENDE

La Sala defiende la tesis que la demandada no demostró el hecho contrario al presumido, esto es, no probó que la demandante CONSUELO GUTIÉRREZ VARELA prestó el servicio personal de manera independiente, como se alega en la contestación de la demanda. De

conformidad con el principio realidad se da prevalencia a lo sucedido en el mundo real y no a las formalidades, por lo cual, el contrato comercial suscrito por las partes no desnaturaliza la realidad laboral del vínculo que lasató; de ahí que, previo a aplicar la prescripción se despacharán favorablemente las pretensiones de la demanda, para lo cual se tendrán como extremos laborales entre el 17 de octubre de 2007 al 1° de octubre de 2020 y el salario corresponde al mínimo mensual legal vigente. En esos términos se revoca la sentencia de instancia.

Veamos los argumentos fácticos y jurídicos.

Estando la discusión entre las partes planteada en sí la venta de chance que realizó la actora está en el marco de un contrato de trabajo o en un contrato de colocación independiente de apuestas en los términos del art. 13 de la Ley 50 de 1990. Se pasa a definir la regulación de cada uno, para luego decidir en cuál se encasilla la venta de chance que hacía la actora, los extremos temporales demostrados salarios y derechos reclamados a los que tendría derecho la actora.

4.4. REGULACIÓN DE LA VENTA DE CHANCE

Los colocadores de apuestas conocidos como vendedores de chance pueden tener el carácter de dependientes o independientes, así lo define el art. 97A del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 13 de la Ley 50 de 1990, que indica:

“Colocadores de apuestas permanentes. Los colocadores de apuestas permanentes, al igual que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, podrán tener el carácter de dependientes o independientes.

Son colocadores de apuestas permanentes dependientes los que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria.

Son colocadores de apuestas permanentes independientes las personas que por sus propios medios se dediquen a la promoción o colocación de apuestas permanentes, sin dependencia de una empresa concesionaria, en virtud de un contrato mercantil. En este evento no se podrán pactar cláusulas de exclusividad.

PARÁGRAFO. *Los colocadores de apuestas permanentes que con anterioridad a la vigencia de la presente ley estuvieren vinculados mediante contrato de trabajo, mantendrán tal vinculación de idéntica naturaleza.”* Subraya de la Sala.

Por su parte, el art. 21 de la Ley 643 de 2001 define como apuestas permanentes, una de las modalidades de juego de suerte y azar, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 21. *Apuestas permanentes o chance. Es una modalidad de juego de suerte y azar en la cual el jugador, en formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de no más de cuatro (4) cifras, de manera que si su número coincide, según las reglas predeterminadas, con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan de premios predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario.”*

El art. 55 *ibídem* establece que el *vendedor de chance* debe inscribirse en el registro público nacional de vendedores de juegos de suerte y azar y que en todas las vinculaciones de un vendedor con un empresario es obligatorio determinar y registrar cada una de las personas que intervendrán en la ejecución del contrato que entre ellos se suscriba.

Y que ostentan la calidad de *colocadores independientes* aquellos que: **(i)** ejecutan la *venta de chance* por sus propios medios a través de un contrato mercantil en el que no existe exclusividad; **(ii)** son autorizados por el operador para la colocación de apuestas por sí mismos o por interpuesta persona, previamente establecida en el convenio entre el operador y el colocador, y **(iii)** están registrados por el operador ante el concedente.

El operador debe cumplir respecto a los vendedores de chance, con los requisitos del régimen regulatorio de la venta de chance establecido en el art. 13 del Decreto 1350 de 2003 de la siguiente manera: **(i)** identificarlo adecuadamente mediante un carné; **(ii)** llevar un discriminado de sus ventas diarias; **(iii)** registrarlo ante la entidad concedente, y **(iv)** garantizar que los formularios o formatos oficiales dispuestos para la apuesta solo se entreguen a las personas debidamente registradas, sin que los riesgos de la operación “*puedan ser trasladados al comercializador, agencia o punto de venta*”.

4.5. DEL CONTRATO DE TRABAJO

Por su parte, el contrato de trabajo está definido en el artículo 22 del C.S. del T. y sus elementos esenciales los señala el artículo 23 del mismo ordenamiento. Según esta última norma, para que se predique la existencia de un contrato de trabajo es menester que confluyan la prestación personal del servicio por parte del trabajador, la continuada dependencia o subordinación de quien lo brinda y un salario como retribución.

Ahora bien, una vez reunidos los anteriores tres elementos no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Se resalta el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo en el que se estableció una presunción legal, en el sentido de que toda prestación personal de servicios se debe tener como en ejecución de un contrato laboral, y corresponde a quien se convoca como empleador, desvirtuar aquella presunción. Así se ha señalado por la jurisprudencia sin vacilaciones y en reiteradas oportunidades, basta citar las siguientes providencias: sentencias C-665 de 1998; T-694 de 2010; Corte Suprema

de Justicia 7 de julio de 2005 expediente 24476; Corte Suprema de Justicia, radicación 41.579 del 23 de octubre de 23012; SL 8643 de 2015 radicación No. 39.123 del 20 de mayo de 2015; SL4912-2020 radicación 76645 del 1° de diciembre de 2020, entre otras. Digamos que este es el A, B, C, del derecho sustantivo.

Además, de las normas nacionales debemos considerar la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo que, compila un haz de indicios en la relación contractual que permita determinar una relación encubierta, indicios que han sido recopilados en la jurisprudencia especializada a la luz de esa recomendación, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL4479-2020, CSJ SL1439-2021, y SL3695 de 2021 esta última definió un caso de similares circunstancias al que nos ocupa, en la que una colocadora de apuestas reclama la declaración de un contrato de trabajo y en los que ciertamente señaló indicios que dan cuenta de la existencia de una relación laboral.

De cara a lo anteriormente expuesto se pasa a valorar las pruebas del proceso así,

4.6. PRUEBAS DEL PROCESO

Es propio reiterar aquí que la parte demandada no discute la prestación personal del servicio, pues desde la contestación de la demanda y a través de su representante legal en el interrogatorio de parte reconoció que la actora se desempeñaba como colocadora de apuestas. Por tanto, opera la presunción de existencia de contrato de trabajo establecida en el art. 24 del CST, sin que la demandada haya logrado desvirtuar la subordinación. A la conclusión precedente se llega por las pruebas documentales y con la declaración de los testigos, las cuales contrario a la conclusión que planteó la juez, no desvirtuaron la subordinación, sino que confirman su existencia.

Entonces, de las pruebas se tiene,

El **contrato de colocación independiente de apuestas permanentes** del 17 de octubre de 2007 (f. ° 73 a 74 PDF01), en él se estableció que la actora podría realizar no sólo la venta de chance, sino también de los “*demás productos que comercialice*” -*cláusula primera*-. En este también se estableció que el operador suministraría los equipos tecnológicos, que era deber de la demandante portar carné y uniforme que suministre la sociedad contratante -*cláusula sexta*-, de igual manera se reguló la “*vigilancia del contrato*” por parte de la empresa o, que, su representante supervisaría la ejecución del servicio encomendado, y que podría formular las observaciones del caso con el fin de que fueran analizadas conjuntamente con la colocadora y efectuar por parte de ésta las modificaciones o correcciones a que hubiere lugar -*cláusula séptima*-

De la lectura de estas cláusulas del contrato se colige por una parte que la demandante no solo fue contratada para ser colocadora de apuestas permanentes o de chance como una modalidad de juego de suerte y azar conforme art. 97A del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 13 de la Ley 50 de 1990, sino que, también se lee del contrato que podría comercializar otros productos, de este hecho queda desvirtuado que el vínculo sea conforme al artículo citado, bajo el cual se ha amparado la defensa de REDCOLSA S.A., pues en dicha norma se establece la opción de tener un carácter independiente para quien sea colocador de apuestas, y no para quien “*comercialice otros productos diferentes*” a la colocación de apuestas que, según el certificado y existencia y representación de REDCOLSA S.A. que se lee a folios 13 a 25 del Pdf01 del cuaderno del Juzgado es un amplio portafolio de *productos que comercializa*, como por ejemplo para citar algunos, la “*actividad de apoyo a un operador de servicio postal de pago debidamente habilitado y registrado por el Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones*”, “*la comercialización y/o distribución de bienes y servicios lícitos de comercio*

tales como recargas de minutos para celulares, giros, seguros y/o microseguros, recaudos de facturas de servicios públicos, recaudos de transporte público, recaudo de cartera de terceros, venta de boletas para el ingreso a espectáculos públicos partidos de futbol y deportes en general”, entre otras muchas actividades propias del objeto social de la demanda.

De ahí que, del contrato mismo desvirtúa la naturaleza independiente del vínculo que existió entre REDCOLSA y la demandante. Y esto se dice así, porque según el contrato analizado, la demandante estaba en la disponibilidad de realizar otras actividades diferentes a la colocación de apuestas, por tanto, esa sola circunstancia ya implica una subordinación sobre actividades diferentes a las reguladas en art. 97A del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 13 de la Ley 50 de 1990, que de contera desvirtúan que la actividad personal de la demandante se realizaba bajo los términos de esa norma, pues no solo hacía lo que allí permite, sino que tenía que estar disponible para comercializar otros productos, disponibilidad que rompe, entonces, con la naturaleza independiente del vínculo, que defiende REDCOL S.A..

También se resalta del contrato que REDCOLSA S.A., como operador, suministró los equipos tecnológicos, y que era deber de la demandante portar carné y uniforme que suministró la sociedad contratante, además que, estaba bajo la supervisión y control de la demandada o su representante.

Estos son actos propios de una relación subordinante, y si bien podría decirse por la parte demandada que, la regulación de la actividad de venta de chance exige tales condiciones para su operatividad segura, sin que eso implique subordinación, la Sala no le da la razón, por cuanto como quedó dicho la demandante no fue contratada exclusivamente para la colocación de apuestas permanentes, sino para la venta de otros productos que podía comercializar REDCOLSA S.A., por tanto, el uso de

carnet, de uniforme y suministro de equipos, y el control que hacía la empresa deviene como actividades propias de la subordinación en este caso.

En el **contrato de comodato** suscrito entre las partes el 17 de octubre de 2007 (f. ° 7-76 PDF01) se establece sobre la entrega de bienes muebles a la demandante para la venta o colocación de apuestas permanentes, demás juegos y otros productos expresamente autorizados por la demandada. A este contrato se acompañó el **RUT** de la demandante, el que consta que aquella registró como su actividad económica principal la 9200, que corresponde a venta de apuestas permanentes o chance¹.

Con este contrato, tampoco se evidencia que se haya desvirtuado la subordinación. Por el contrario, se sigue reafirmando que REDCOLSA S.A. entregó bienes muebles para comercializar chance y otros productos, lo cual confirma que el contrato no corresponde al regulado en el art. 97A del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 13 de la Ley 50 de 1990.

La juez mencionó que con estas pruebas documentales se desvirtuó la presunción de subordinación. La Sala, contrario a ello, considera además de lo anteriormente expuesto, que con estos documentos la demandada no logra desvirtuar la presunción en razón a que: **i)** en el contrato que se acusa, se expresó que la demandada suministró a la actora el punto fijo de venta (caseta), los equipos y herramientas necesarios para la labor; **ii)** en relación con el horario, se consignó en el citado acuerdo que la actividad se desarrollará antes de las hora en las que se juegan las apuestas; **iii)** el acuerdo impone a la demandante usar el uniforme suministrado por la demandada. Lo anterior, evidencia que la actividad que realizaba la actora no era independiente, puesto que el contrato estableció un horario en los términos señalados en el punto ii), impuso el uso de

¹ <https://dian-rut.com/codigo-ciiu/9200/>

uniforme y se entregaron herramientas tecnológicas de trabajo en comodato y la caseta en que laboraba era de la empresa como lo indicó la representante legal de REDCOLSA S.A. en el interrogatorio de parte que rindió (min. 1:04 parte 2 de la sentencia); **iv)** REDCOSLA era la única beneficiaria del servicio; y la demandante se integró en la organización de la empresa.

Lo anterior, pone en evidencia un conjunto de indicios de subordinación, que permiten a la Sala considerar que entre las partes existió una relación laboral encubierta, además que la demandante no solo se desempeñó como colocadora de apuestas, sino que fue contratada también para tener la disponibilidad de comercializar otros productos de REDCOL S.A..

Lo anterior guarda total cohesión con un asunto de condiciones similares, que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3695 de 2021, en la que se concluyó que con el contrato independiente de colocación de apuestas permanentes no se desvirtuó la presunción de subordinación, en esa providencia relacionó los indicios de subordinación de los que refiere la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para relaciones contractuales en los que la subordinación no encaja en la forma en que tradicionalmente se ha entendido como en el caso de los contratos de colocadores de apuestas en los que pueden existir vínculos de carácter dependiente e independiente, así lo anotó la alta Corporación:

“(...) Al respecto, es oportuno resaltar que si bien la vinculación autónoma de una persona no prohíbe fijar horarios, solicitar informes o establecer medidas de supervisión y vigilancia, y que incluso es válido impartir instrucciones en relación a la ejecución del servicio, pues «naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador» (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 40121), lo cierto es que dichas actividades no pueden desbordar su finalidad al punto de

convertir la coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo.

Lo anterior, porque en aquellos casos en los que esas instrucciones, fijación de horarios y supervisión o control de la labor se imparten en el marco de la inserción o disponibilidad del trabajador en la organización de la empresa, a tal punto que se limite su autonomía y autodeterminación de su tiempo de trabajo debido a los controles y seguimientos del empleador, deberá entenderse que se trata de una verdadera relación de trabajo subordinada.

Téngase presente, además, que la Corte ha reconocido que en los casos en que la subordinación no encaja en la forma en que tradicionalmente se ha entendido, es importante tener en cuenta la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, que compila un haz de indicios que permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta. (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL1439-2021). Precisamente en la última providencia, la Sala recopiló varios indicios que la jurisprudencia ha identificado, que si bien no son reglas exhaustivas, dado el carácter dinámico y circunstancial de las relaciones de trabajo, se relacionan con los mencionados en el referido instrumento internacional, así:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

(...)

Así, en relación con la actividad de colocación de apuestas que ejecutó la accionante, se acreditó en el proceso que tal labor fue subordinada, en tanto la misma se desarrolló de manera continua, en un punto fijo que asignó la recurrente, con las herramientas y materiales que esta suministró y respecto a la cual era a su vez la única beneficiaria del servicio; y la trabajadora se integró en la organización de la empresa, dadas las especiales condiciones que regulan la venta de chance.

De modo que, a juicio de la Sala, los elementos de convicción abordados no desvirtúan la subordinación y, por el contrario, corroboran su existencia.”

También se encuentra el **testimonio de MARÍA ELSURY ORREGO**, quien informó que fue colocadora independiente de apuestas y luego fue contratada por la demandada como coordinadora de distribución de lotería en Cali, tampoco logró desvirtuar la subordinación, pues si bien expresó cuál es la naturaleza del contrato de colocación de apuesta que firman las vendedoras en general, que en general las colocadoras de apuestas no cumplen horarios, no usan uniforme, sino que solicitan a REDCOLSA S.A. uniforme con el fin de darle publicidad a la marca y así promocionar sus ventas, la razón por la que la Sala no encuentra desvirtuada la subordinación con esos dichos es porque se refirió de manera general a la forma como operan las vendedoras, no refirió en nada respecto a la relación contractual de la demandante, es más indicó que la conocía porque la había visto vendiendo en el mismo sector donde la testigo fue colocadora de apuestas.

Además, de no desvirtuarse la presunción de subordinación con las anteriores pruebas, en el proceso se encuentra que con **el testigo HECTOR VELASCO TRUJILLO** se demuestra que la actora permanecía en un punto fijo de venta, permanecía en un horario de 8:00 a. m. a 10:00 p.m. y usaba uniforme. Esto en razón a que el testigo expresó ser cliente de la demandante en el juego de chance; expuso que compraba chance a la demandante en la caseta del barrio El Jardín de Cali, que observaba que ella estaba ahí desde las 8:00 a. m., o desde horas posteriores cuando

el pasaba para su trabajo y dejaba pago los números que iba a jugar; que de regreso a su casa se quedaba frente a la caseta del chance compartiendo con amigos en una panadería y observaba que la demandante cerraba la caseta a las 10:00 p. m. y usaba uniforme.

Así, en relación con la actividad de colocación de apuestas que ejecutó la accionante, se acreditó en el proceso que tal labor fue subordinada, en tanto la misma se desarrolló de manera continua, en un punto fijo que asignó la recurrente, con las herramientas y materiales que esta suministró y respecto a la cual era a su vez la única beneficiaria del servicio; y la trabajadora se integró en la organización de la empresa, dadas las especiales condiciones que regulan la *venta de chance*. Tal y como sucedió en el asunto que resolvió la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la Sentencia SL3695 de 2021, líneas atrás citada.

La Sala contrario a la valoración que hace la juez de este testigo, mediante la cual indica que no le da credibilidad y validez por cuestionar lo que respondió, qué cómo era posible que una persona se quedara constantemente en una panadería después del trabajo, si era que tenía una relación sentimental con la actora, que la caseta de venta de chance no estaba en la ruta de la casa del testigo y ciertas inteligencias de orden moral que la Sala no comparte, que por supuesto son circunstancias que no descalifican el testimonio que rindió en torno a la manera como la demandante presentó el servicio en la venta de chance, y por el contrario la Sala escucha a un testigo que narró con naturalidad lo que le constaba y fue claro en indicar que no sabía cierta información porque no la veía, pero en lo que sí fue responsivo fue en indicar que la actora permanecía en el punto fijo de venta y cumplía un horario, y que lo sabía porque lo veía por ser jugador habitual de chance ahí, lo cual es suficiente para evidenciar a la luz de las demás pruebas que, el vínculo de la actora con REDCOLSA S.A. es de orden laboral.

4.7. EXTREMOS TEMPORALES Y SALARIO

En cuanto a los extremos temporales de la relación contractual la Sala tomará como **extremo inicial** el 17 de octubre de 2007, conforme a lo confesado por la parte actora y los contratos que firmó la demandante, de colocación de apuesta y el de comodato que se suscribieron en dicha data. No existiendo otros medios de prueba de los que se pueda colegir que el contrato inició en el año 1999 como lo pide la demandante; y como extremo **final** se tomará el 1° de octubre de 2020, teniendo en cuenta la aceptación que realizó la demandada en la contestación de la demanda, y porque así lo consideró demostrado la juez de instancia en las consideraciones, sin que al respecto se haya demostrado inconformidad.

Ahora bien, con relación al salario devengado por la actora, la Sala toma el mínimo legal mensual vigente para la época, ya que era obligación de la empresa demandada pagar cuando menos éste guarismo.

Precisado lo precedente se estudian cada una de las pretensiones de la demandante, lo cual se hace en conjunto a la liquidación efectuada por la sala que hace parte integral de esta sentencia y la que se puede apreciar debajo de las firmas de la providencia.

4.8. DEL AUXILIO DE CESANTÍA

El artículo 249 y ss del C.S.T. en armonía con lo preceptuado por el art. 99 por la Ley 50 de 1990 dispone que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores al terminar el contrato de trabajo como auxilio de cesantía un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año.

Así las cosas, el derecho del auxilio de cesantía se causa a partir del 1° de octubre de 2020 cuando se terminó la relación por cada año a partir de 17 de octubre de 2007, y la demanda se presentó el 25 de noviembre de 2020,

de allí que, el derecho a dicho auxilio no ha prescrito por no haber transcurrido el término trienal establecido en el artículo 488 del C.S.T y de la S.S., por lo tanto, la demandante tiene derecho por cesantía la suma de **\$8.208.376.**

4.9. DE LOS INTERESES SOBRE EL AUXILIO DE CESANTÍA

De acuerdo con la Ley 52 de 1975, en concordancia con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por este concepto la demandante tiene derecho al pago a partir del 17 de octubre de 2007; no obstante, se encuentran prescritos los intereses generados antes del 25 de noviembre de 2017, por cuanto la demanda se presentó el 25 de noviembre de 2020; de ahí que, por intereses sobre el auxilio de cesantía la demandada debe pagar a la actora la suma de **\$261.693.** Suma que debe ser indexada al momento del pago.

4.10. DE LA PRIMA LEGAL DE SERVICIOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 del C.S.T. la demandante tiene derecho al pago de la prima legal de servicios a partir del 17 de octubre de 2007; pero sobre esta prestación opera la prescripción respecto a las primas generadas antes del 25 de noviembre de 2017, por cuanto la demanda se presentó en el mismo día y mes del año 2020. Por tanto, la demandada adeuda a la actora la suma equivalente a **\$2.290.087.**

4.11. DE LAS VACACIONES

De acuerdo con los artículos 186 y 187 del C.S.T., por concepto de vacaciones se tiene derecho a partir del 17 de octubre de 2007, respecto de la cual operó la prescripción respecto a las vacaciones por pagar antes del 25 de noviembre 2016, por cuanto la demanda se presentó en ese

mismo día y mes del año 2020. El valor de las vacaciones equivale a **\$1.539.363**. Suma que debe ser indexada al momento del pago.

4.12. DE LOS APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

El componente que da origen a que las cotizaciones al sistema pensional sean obligatorias de realizar para los empleadores es la existencia misma de la relación laboral que sostienen con sus trabajadores, según lo señalado en los artículos 15, 17 y 22 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se condena a REDCOLSA S.A. a pagar a favor de la demandante los aportes al sistema pensional en un fondo administrador de pensiones, a elección de ella, por el lapso comprendido entre el 17 de octubre de 2007 hasta el 1° de octubre de 2020, con base en el salario mínimo legal vigente durante ese período, incluyendo los intereses que se generan de conformidad con el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

4.13. DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ART. 65 DEL C.S.T.

La jurisprudencia ha sido reiterada con respecto a su no aplicabilidad automática, sino que el juez en cada caso debe considerar las razones que le asisten al empleador para no pagar a la terminación del contrato de trabajo los salarios y prestaciones debidas al trabajador, y si encuentra razones que justifiquen el no pago, se le pueda exonerar de dicha indemnización.

Así que en cada caso la Sala debe considerar las razones que le asistan al empleador para no pagar, a la terminación del contrato de trabajo, los salarios y prestaciones debidas a la trabajadora y si encuentra razones que justifiquen el no pago, se le puede exonerar de dicha indemnización. Así lo explicó la Corte Suprema de Justicia, desde tiempo atrás, en la sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995.

En el presente caso, la demandada no será exonerada de la sanción moratoria, pues no hay explicación alguna que impidiera el pago de las prestaciones sociales aquí reconocidas y, que por demás, algunas estuvieron afectas por la prescripción. Pues la Sala considera que la buena fe de REDCOLSA S.A. en el no pago de prestaciones sociales a la demandante quedó desvirtuada, pues los argumentos que expuso a lo largo del proceso para evitar su pago estuvieron sostenidas, **I)** en un contrato comercial de colocación de apuestas independiente en virtud del art. 97A del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 13 de la Ley 50 de 1990, **II)** en la aseveración que la demandante trabajaba según quisiera ganar comisiones, que ella era independiente al cumplir horario, que la caseta de venta la abría cuando quería. No obstante, con el testigo HECTOR VELASCO TRUJILLO se pudo revelar que la demandante cumplía un horario 8:00 a. m. a 10:00 p. m y diariamente la vio atendiendo la caseta de venta de Chance. Esto lo que revela es que la empleadora pese a conocer las circunstancias en que la actora prestaba su servicio, durante la relación quiso hacer pasar la actividad como independiente por el nombre que le dio, lo cual siguió sosteniendo en el trámite del proceso. Además si bien el contrato de colocación de apuestas indica literalmente que no se generan el pago de prestaciones ni salario, también de manea contradictoria establece circunstancias que tienen características subordinantes propias de los contratos de trabajo como imponer el uso de uniforme, supeditar la relación contractual a la supervisión de un representante de la empresa, asignación de un punto o caseta de venta y herramientas de trabajo, de igual manera, el hecho de que el contrato indique que la colocadora de apuestas autoriza a REDCOLSA S.A. a llenar los espacios en blanco entre los que se encuentra la fecha de suscripción del contrato, es un indicador de que había acciones premeditadas por parte de REDCOLSA S.A. que permiten señalar que la buena fe en su omisión de pagar las prestaciones a la actora ha sido desvirtuada.

En consecuencia, se condena a la demandada a pagar a la demandante un día de salario por cada día de retardo a partir del 2 de octubre de 2020, día siguiente al que finalizó el contrato, hasta cuando pague la totalidad de las prestaciones sociales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. Para mayor ilustración puede consultarse la sentencia del 6 de mayo de 2010 emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicado 36577.

Sobre esta indemnización no operó la prescripción, por cuanto, se generó a partir del 2 de octubre de 2020 y la demanda se presentó el 25 de noviembre de ese mismo año, sin que alcanzara a transcurrir el trienio prescriptivo.

4.14. DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR NO CONSIGNACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍA

La indemnización moratoria establecida en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa por el incumplimiento del empleador de consignar anualmente en un fondo autorizado legalmente para el efecto, antes del 15 de febrero del año siguiente, en favor del trabajador, el auxilio de cesantía causado en el año inmediatamente anterior.

Como quiera que en el presente caso se admitió que no se consignó el auxilio de cesantía causado a favor de la demandante, procede el pago de la aludida indemnización moratoria, así:

Por el auxilio de la cesantía se tomará en cuenta el salario diario legal vigente para cada año en que no se consignó el auxilio de cesantía. No obstante, al hacerse exigible el 15 de febrero de cada anualidad, operó la prescripción de la sanción por mora generada antes del 25 de noviembre de 2017, por cuanto la demanda se presentó ese mismo día y mes del año

2020. Por tanto, se genera un día de mora por cada día de retardo en la consignación de las cesantías correspondientes a los años 2017, 2018 y 2019. No se genera sanción por la fracción del año 2020 porque la misma sólo se causa hasta la fecha en que termina el contrato de trabajo, y a partir de esa data, cesa la obligación de consignar la cesantía en un fondo, ya que debe ser pagada directamente por el empleador a la trabajadora, tal y como lo expresó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 27 de marzo de 2000, radicación 14379. En suma, a la actora le corresponde el guarismo de **\$30.050.122** por concepto de indemnización moratoria por no consignación de cesantías en un fondo destinado para ese fin.

4.15. INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS

Se absuelve a REDCOLSA S.A. de pagar la indexación de las prestaciones sociales en consideración a que se está condenando al pago de la sanción por el no pago de prestaciones sociales y por la no consignación de las cesantías a un fondo. Lo que sí procede es la indexación de las vacaciones y los intereses a la cesantía, hasta el momento en que se pague la condena aquí señalada por dichos conceptos; no procede la indemnización moratoria, la primera por no ser una prestación social y la segunda por tener sanción propia. De igual manera, se absuelve de la pretensión de condenar a la demandada al pago de intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, por no aparecer causados, en consideración a que no se está ordenando a la empleadora a reconocer la pensión de vejez establecidas en ese régimen general de pensiones.

Por las razones expuestas se revoca la sentencia apelada, y en su lugar se declara la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y REDCOLSA S.A. desde el 17 de octubre de 2007 hasta el 1° de octubre de 2020, mediada por una retribución salarial equivalente al salario mínimo

mensual legal vigente, con base en lo cual, previo a declararse parcialmente la prescripción, se condena al pago de las prestaciones, vacaciones indexadas e indemnizaciones, y se absuelve de los intereses establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas al resolverse el grado jurisdiccional de consulta. Se condena en costas en primera instancia a REDCOLSA S.A. a favor de la demandante.

V. DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia apelada identificada con el No. 44 del 22 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, Valle, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR que entre **CONSUELO GUTIÉRREZ VARELA** y la sociedad **RED COLOMBIANA DE SERVICIOS S.A.- REDCOLSA S.A.** existió un contrato de trabajo desde el 17 de octubre de 2007 hasta el 1° de octubre de 2020, con un salario equivalente al salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad.

SEGUNDO: DECLARAR que **CONSUELO GUTIÉRREZ VARELA** tiene derecho en virtud del contrato de trabajo a que la sociedad **RED COLOMBIANA DE SERVICIOS S.A.- REDCOLSA S.A.** le reconozca y pague las prestaciones sociales, vacaciones, los aportes a pensiones en la

Administradora de Fondos de Pensiones que ella elija, la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones, y a la indemnización moratoria por no consignación del auxilio de cesantía.

TERCERO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción respecto a la prima de servicios, intereses a la cesantía y a la indemnización moratorias casadas antes del 25 de noviembre de 2017, y sobre las vacaciones causadas con anterioridad al 25 de noviembre de 2016.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad **RED COLOMBIANA DE SERVICIOS S.A.- REDCOLSA S.A.** a pagar a favor de **CONSUELO GUTIÉRREZ VARELA** las siguientes sumas de dinero y por los conceptos que a continuación se relacionan: **a)** auxilio de cesantía \$ 8.208.376 ; **b)** intereses sobre el auxilio de cesantía \$261.693, que debe indexarse al momento del pago; **c)** prima legal de servicios \$2.290.087; **d)** vacaciones \$1.539.363 que debe indexarse al momento del pago; **e)** los aportes a pensiones en la Administradora de Fondos de Pensiones que elija el demandante, por el periodo laborado entre el 17 de octubre de 2007 hasta el 1° de octubre de 2020, con base en el salario mínimo legal mensual vigente durante ese periodo, incluyendo los intereses que se generan de conformidad con el artículo 23 de la Ley 100 de 1993; **f)** por concepto de sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, menos por los intereses a la cesantía por tener sanción propia y las vacaciones por no ser prestación social, un día de salario a partir del 2 de octubre de 2020 y hasta cuando pague la totalidad de las mismas; y, **g)** indemnización moratoria por no consignación del auxilio de cesantía \$30.050.122, conforme al numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

QUINTO: ABSOLVER a la **RED COLOMBIANA DE SERVICIOS S.A.- REDCOLSA S.A.** del pago de la indexación de las prestaciones sociales,

salvo por vacaciones e intereses a la cesantía; y de los intereses de mora establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Se condena en costas en primera instancia a REDCOLSA S.A. a favor de la demandante, las cuales serán liquidadas por la secretaría del juzgado.

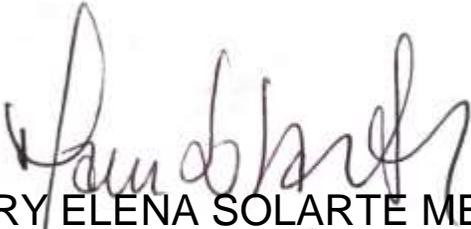
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

F/INGRESO 17/10/2007
F/EGRESO 1/10/2020
DIAS 4665
M.P. GERMAN VARELA COLLAZOS
Radicación: 760013105-003-2020-00469-01
Interno: 18024

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA INSTAURADO POR CONSUELO GUTIÉRREZ VARELA
CONTRA REDCOLSA RED COLOMBIANA DE SERVICIOS S.A.

AÑO	SALARIO	MESES	CESANTIA	INTERESES	VACACIONES	PRIMA DE SERVICIOS
2007	\$ 433.700,00	2,433333333	87.944,72			
2008	\$ 461.500,00	12	461.500,00			
2009	\$ 496.900,00	12	496.900,00			
2010	\$ 515.000,00	12	515.000,00			
2011	\$ 535.600,00	12	535.600,00			
2012	\$ 566.700,00	12	566.700,00			
2013	\$ 589.500,00	12	589.500,00			
2014	\$ 616.000,00	12	616.000,00			
2015	\$ 644.350,00	12	644.350,00			
2016	\$ 689.455,00	12	689.455,00		35.430,33	
2017	\$ 737.717,00	12	737.717,00	9.099	368.858,50	19.938,30
2018	\$ 781.242,00	12	781.242,00	93.749	390.621,00	781.242
2019	\$ 828.116,00	12	828.116,00	99.374	414.058,00	828.116
2020	\$ 877.803,00	9,0	658.352,25	59.471	330.395,30	660.791
			8.208.376,97	261.693	1.539.363	2.290.087

INDEMNIZACION MORATORIA		
DESDE		25/11/2017
HASTA		1/10/2020
DIAS		1.027
TOTAL MORATORIA		\$30.050.122,70