



REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Ordinario Laboral de Primera Instancia
Radicación:	19-698-31-12-001-2021-00053-01
Juzgado Primera Instancia	JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SANTANDER DE QUILICHAO
Demandante	LUIS EDWIN NAZARIT CARABALI
Demandado	LA FORTUNA S.A.
Asunto:	Contrato de trabajo colocadores de apuestas - Confirma sentencia
Sentencia escrita No.	012

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, que convirtió en legislación permanente el Decreto 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación formulado por los apoderados judiciales de las partes demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santander de Quilichao.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre la señora MAYURY IBED CARABALÍ DIAZ (q.e.p.d.) y la demandada, la cual se extendió entre el 15 de agosto de 2015 y el 7 de octubre de 2019, fecha de fallecimiento de la trabajadora. En consecuencia, solicita se condene al accionado al pago de los derechos indicados en el acápite de pretensiones¹.

2. Supuestos fácticos.

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos:

¹ Salarios adeudados, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, primas de servicios, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., indemnización por no consignación de cesantías del artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990, sustitución pensional, indexación, lo que se determine según las facultades extra y ultra petita, así como honorarios, costas y agencias en derecho del proceso.

Informa el demandante que convivió en unión marital de hecho con la fallecida desde el 7 de agosto de 2011, quien en vida estuvo vinculada laboralmente con la empresa LA FORTUNA S.A., en la sede ACERTEMOS ubicada en el municipio de Santander de Quilichao mediante un contrato laboral, desde el 15 de agosto de 2015 hasta el 7 de octubre de 2019, para un total de 4 años, 1 mes y 22 días. Que la señora CARABALI DÍAZ desempeñó el cargo de COLOCADORA DE CHANCE para desempeñar en forma personal las funciones de atención al cliente, manejo de caja, venta de chance, recargas y giros; cuya remuneración se pactó en un salario mínimo legal mensual vigente, cumpliendo un horario de trabajo semanal de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. en la siguiente semana de 2:00 pm a 10:00 pm y atendiendo las instrucciones del empleador, quien no realizó aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, lo que impidió que el actor y su hijo menor disfrutar de una pensión de sobrevivientes.

2. Contestación de la demanda.

El demandado se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, manifestó que no le constan las relaciones sentimentales o maritales que en vida, hubiera tenido la fallecida, las cuales deberán probarse y negó la existencia de una relación laboral con la señora CARABALI DIAZ, indicando que lo que existió fue un contrato de naturaleza comercial, con el objeto de colocar apuestas independientes, suscrito el 30 de julio de 2015 y terminó por el hecho de la muerte.

Sostiene que la fallecida ejecutaba sus actividades de colocación por sus propios medios y, en ningún caso, realizaba actividades subordinadas a la demandada y que entre las partes se pactó un sistema de remuneración según las ventas que la fallecida, por sus propios medios, lograra a través de un módulo portátil, conforme a la cláusula tercera del contrato comercial de colocación independiente de apuestas permanentes.

Afirma que, con ocasión del contrato de colocación de apuestas independientes, no adeuda pago alguno por las acreencias laborales pretendidas, pues la fallecida nunca tuvo un vínculo laboral y, por ende, no era acreedora de prestaciones patronales comunes.

Finalmente formuló excepciones de fondo.²

3. Decisión de primera instancia.

² INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS SUSTANCIALES PARA DECLARAR UNA RELACION LABORAL, COBRO DE LO NO DEBIDO y GENERICA o INNOMINADA.

Mediante sentencia del 11 de mayo de 2022 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santander de Quilichao con conocimiento en laboral, declaró que entre las partes en litigio existió un contrato de trabajo desde el 30 de julio de 2015 hasta el 07 de octubre de 2019, con un salario equivalente al mínimo legal vigente para cada anualidad, y condenó al demandado a pagar las sumas que arrojó la liquidación por concepto de prestaciones sociales. También dispuso el pago de aportes a pensión por todo el tiempo laborado, desde el 30 de julio de 2015 hasta el 07 de octubre de 2019, que el demandado deberá consignar a la entidad de pensiones que elija el actor, al día siguiente de recibo de la comunicación y cuyo monto será definido la entidad de pensión elegida, con base en el salario mínimo legal mensual vigente para cada año.

Finalmente condenó en costas al demandado, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de los presupuestos sustanciales para declarar una relación laboral, cobro de lo no debido y genérica o innominada. Y negó las demás pretensiones de la demanda.

Fundamentó su decisión en que conforme con las pruebas practicadas, queda demostrado que entre las partes existió una relación laboral, en el entendido en que de acuerdo con el artículo 24 CST probada la prestación personal del servicio se presume la subordinación, por lo que se invierte la carga de la prueba y en este caso el demandado no logró desvirtuar tal presunción, quedando acreditados los elementos del artículo 23 del CST, como son la subordinación, salario y actividad personal, tal como lo señalan los testigos y las declaraciones de parte, desde el 30 de julio de 2015 hasta el 7 de octubre de 2019, fecha en que terminó por el fallecimiento de la trabajadora. Aunado a lo ya mencionado, la fallecida no aparece inscrita en el RUT con la actividad correspondiente a colocadora de juegos de azar y siguiendo el artículo 97A del CST ella era colocadora de apuestas permanentes dependiente porque celebró contrato de trabajo verbal con la empresa concesionaria para desarrollar esa labor y de acuerdo al artículo 21 del Decreto 1350 de 2003 la fallecida no estaba inscrita en el Registro Nacional Público de Vendedores de Juegos de Suerte y Azar de las Cámaras de Comercio de su jurisdicción. Respecto a la remuneración expresó que aunque se mencionó un porcentaje por venta, de acuerdo al artículo 145 y SS del CST equivaldría al salario mínimo legal mensual vigente para cada año; no hay lugar a reconocer los salarios dejados de percibir por los últimos 7 días porque el pago se realizaba a diario y tiene derecho a las prestaciones sociales que se liquidan, vacaciones y no se accede a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST ni la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, porque no se demostró la mala fe del empleador

quien creía que estaba bajo otra modalidad de contrato y por ello estaba relevado de dichas cargas laborales. Tampoco hay lugar a la sustitución pensional imponiendo la pensión sanción, pues al momento de su deceso no cumplía los requisitos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, conforme a las facultades extra y ultra petita si tiene derecho al pago de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensión que deberá consignar la demandada al Fondo de Pensiones que elija el actor o donde estuvo afiliada la fallecida desde el 30 de julio de 2015 hasta el 07 de octubre de 2019.

4. Recursos de apelación.

4.1. Parte demandante. El apoderado judicial de la parte demandante formuló y sustentó recurso de apelación parcialmente, al no darse por probado el artículo 99 del CPT pues si existe mala fe en el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías en el Fondo correspondiente, la cual se manifiesta en la ejecución del contrato en el no reconocimiento de la existencia de un contrato laboral que se quiso amparar en un contrato de comodato

4.2. Parte demandada. El apoderado judicial de la parte pasiva sentó su inconformidad con la sentencia, argumentado que el A quo de oficio debió declarar la falta de legitimación en la causa por activa, como presupuesto procesal de la acción, porque el demandante actuó en nombre propio y de su hijo menor, según los poderes aportados y la parte introductoria del escrito de demanda; actuación que solo podían ejercer, si ellos fuesen adjudicatarios de algún derecho de la causante luego de un proceso de sucesión. Por lo tanto, ellos tenían legitimación en la causa para adelantar acciones en derecho de familia, pero en este proceso debieron actuar en calidad de herederos, porque era el patrimonio autónomo que se conforma con la herencia quien podía ser demandante, entonces ellos debieron actuar como sus voceros y administradores, es por ello que el juez en la sentencia condena a pagar las sumas de dinero en favor de *“los herederos de la causante que así lo acrediten en el proceso de sucesión”*. Este vicio es insubsanable y trae como consecuencia el fracaso de las pretensiones, siendo un presupuesto procesal de la acción que no es susceptible de saneamiento.

También considera que el A quo desconoció que el artículo 13 de la Ley 50 de 1990 y debió declarar probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS SUSTANCIALES PARA DECLARAR UNA RELACION LABORAL y COBRO DE LO NO DEBIDO, pues las pruebas practicadas no logran demostrar la prestación personal del servicio porque la primera testigo es de oídas y los otros dos testigos Guillermo y Andrea dan cuenta de las actividades de

colocadora de apuestas independiente que desarrollaba la fallecida, pero no en un punto de venta sino de forma ambulante en la calle, porque la modalidad de las apuestas que se suscribió es móvil con entrega de un dispositivo móvil dado en comodato, a diferencia de los cajeros vinculados en nómina actualmente que están ubicados en los puntos de venta, respecto de estos último si hay subordinación, al contrario, para los colocadores de apuestas independientes móviles no hay supervisión, seguimiento, ni vigilancia, ni ejercicio del poder disciplinario lo que deja sin piso la subordinación; la fallecida iba al punto de venta era a dejar el recaudo pero no para desempeñar una jornada laboral, ni un horario, ni a prestar personalmente el servicio en un punto de venta, no estaba sometida a unas reglas de un lugar, porque su actividad no es de un punto de venta sino de una terminal móvil que tiene una lógica diferente.

5. Trámite de segunda instancia.

5.1. Alegatos de Conclusión.

5.1.1. Parte Demandada.

Dentro del término para alegar el apoderado de la parte pasiva solicitó se revoque íntegramente la decisión adoptada por el A quo y en su lugar se declare probada la excepción genérica o innominada de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA, para lo cual, reiteró los argumentos de la apelación, pues el demandante actuó a nombre propio y en representación de su hijo menor, debiendo haber obrado como representantes del patrimonio autónomo conformado por la sucesión ilíquida de la señora MAYURY IBED CARABALÍ DÍAZ (q.e.p.d.).

5.1.2. Parte Demandante.

Luego de reiterar los supuestos fácticos y referirse a la normatividad existente frente al contrato de trabajo realidad y excepciones de mérito, solicitó revocar parcialmente la sentencia en los términos indicados en el recurso por ella impetrado.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia.

El artículo 35 de la Ley 712 de 2001, por medio del cual se adicionó el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., regula el principio de consonancia. El cual consiste en que la decisión que resuelva la apelación de autos y sentencias deberá sujetarse a los

puntos objeto del recurso, lo cual significa que la Sala no podrá tocar aspectos que no fueron objeto de la alzada.

2. Problemas jurídicos.

Le corresponde a la Sala establecer si:

2.1. ¿Se encuentra acreditado que la parte demandante está legitimada en la causa por activa para actuar dentro del presente asunto?

2.2. ¿respecto a la apelación de la demandada sobre la naturaleza del vínculo, si este fue subordinado o comercial, y en cuanto a la de la accionante, sobre la procedencia de la indemnización por no consignación de cesantías del artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990?

2.1.1. Solución al primer problema jurídico.

La respuesta al interrogante es **positiva**. La tesis de la Sala conduce a confirmar la sentencia objeto de los recursos de apelación, como quiera que de la revisión completa a todo el texto de la demanda y de la valoración en conjunto de todos los medios de prueba obrantes al interior del proceso, se puede concluir que el demandante si estaba legitimado en la causa por activa para actuar dentro del presente asunto, al haber ostentado la calidad de compañero permanente de la trabajadora fallecida.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Esta Corporación se refirió a la falta de legitimación en la causa por pasiva en la sentencia oral proferida en audiencia del 18 de julio de 2017 dentro del proceso ordinario laboral radicación 19001310500220150041001, en los siguientes términos:

“De conformidad con la doctrina, la legitimación en la causa es una condición que permite determinar, según el caso, quienes están autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demandada, y por lo tanto, resolver la controversia que respecto a esas pretensiones existe en el juicio, entre quienes figuran en él como partes, ora como demandantes, demandados y/o intervinientes; es decir, determinar si actúan en el juicio quienes han debido hacerlo, por ser las personas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la litis, dado que la citada legitimación no es otra cosa que el cumplimiento de las condiciones o cualidades subjetivas que otorgan la facultad jurídica de pretender

determinadas declaraciones judiciales con fines concretos mediante una sentencia de fondo o de mérito, o para controvertirlas.

Según el tratadista Hernando Devis Echandía³, *“la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante; (...). Es decir, el demandado debe ser la persona a quien conforme a la ley le corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica sustancial objeto de la demanda; y el demandante la persona que según ley puede formular las pretensiones de la demanda, aunque el derecho sustancial pretendido por él no exista o corresponda a otra persona”*.

Luego entonces, al tener claridad que la legitimación en la causa se relaciona con el derecho a formular determinada pretensión, aunque no se tenga la titularidad del derecho sustancial que la misma comporta, no existe duda que tratándose de los derechos de índole laboral que deja causado un trabajador que fallece, son sus causahabientes, sean éstos herederos y/o cónyuge, compañero o compañera permanente según sea el caso, los llamados a ejercer las correspondientes acciones judiciales en aras de obtener su declaratoria o reconocimiento, pues es a ellos a quienes la ley laboral les ha atribuido la calidad de beneficiarios de las prestaciones dejadas por el trabajador al momento de su fallecimiento, sin que sea necesario que al proceso deban concurrir todos, pues dada la naturaleza del asunto, no se genera entre ellos un litisconsorcio necesario sino facultativo. Para el efecto, baste revisar los artículos 212, 293 y 294 del CST, que le confieren en su orden, al(a) cónyuge, los hijos matrimoniales como extramatrimoniales y a los padres del trabajador, los derechos en que en virtud del nexo laboral éste dejó causados.

Frente a la existencia de algunas controversias en relación con los derechos laborales que puede dejar causados el trabajador que fallece, y la forma como los interesados en éstos deben comparecer al proceso, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia del 2 de noviembre de 1994, radicado 6810, Magistrado Ponente Francisco Escobar Enríquez, la cual se ha reiterado en providencias de 24 de junio de 1999 - radicado 11862, de 21 de

³ Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso Tomo I, Décimo Tercera Edición.

febrero de 2006 – radicado 24954, de 15 de febrero y 25 de octubre de 2011 – radicados 34939 y 36379, de 22 de agosto de 2012 – radicado 38450 y 11 de noviembre de 2015 – radicado 43654, lo siguiente:

“DEL PAGO DIRECTO DEL EMPLEADOR A LOS BENEFICIARIOS:

Con el fallecimiento de un trabajador activo hay lugar a que se generen diversas especies de relaciones jurídicas que involucran al empleador. Entre ellas es pertinente destacar la que se da entre éste y aquellas personas que según la ley del trabajo, tienen vocación de recibir los derechos laborales adquiridos y pendientes del fallecido que el patrono tenía a su cargo, como por ejemplo: salarios, vacaciones u otras prestaciones sociales, salvo la cesantía cuando su monto exceda de una cifra equivalente a cincuenta veces el salario mínimo legal mensual más alto (C.S.T., art 258). Igualmente, en unos eventos estas mismas personas u otras pueden reclamar del empresario derechos específicos como prestaciones por la muerte, verbigracia pensiones de sobrevivientes, seguros de vida o auxilios funerarios, en tanto por cualquier motivo no han sido asumidos por entidades de seguridad social. Además, si el empleador tiene a su cargo por cualquier causa la jubilación, tratándose del fallecimiento de jubilados o con derecho a jubilación bien pueden presentarse relaciones análogas a las expuestas a propósito de la sustitución jubilatoria que consagra la ley.

Pues bien, con el Código Sustantivo del Trabajo en atención a que la subsistencia familiar depende normalmente de la remuneración del operario o de la jubilación del pensionado, para evitar dilaciones y trámites engorrosos prevé el pago directo por el empleador a los beneficiarios de los derechos arriba definidos, vales decir que los reconoce como acreedores laborales directos.”

(...)

ALGUNAS POSIBLES CONTROVERSIAS JUDICIALES Y LA FORMA COMO DEBEN COMPARECER LOS INTERESADOS A LAS MISMAS:

En ocasiones se da el caso de que el supuesto empleador de un trabajador fallecido, niegue en absoluto la existencia de derechos para beneficiarios, pues estima, por ejemplo, que no existió contrato de trabajo. En tal hipótesis los posibles beneficiarios podrán individualmente o en conjunto acudir ante la justicia en reclamo de su derecho. Si no tienen controversias entre sí, lo indicado, por razones de economía procesal, es que comparezcan conjuntamente en calidad de litisconsortes facultativos por parte activa (C.P.C, art 50). Pero si hay controversia deberán comparecer, unos como demandantes y otros en calidad de intervinientes "ad excludendum", pues estos habrán de formular su pretensión frente a demandante y demandado (C.P.C art 53). En este caso la sentencia resolverá por razones obvias el conflicto con el presunto empleador y si éste resulta obligado se decidirá seguidamente el litigio entre los reclamantes.

Suele acontecer también, como en el asunto de los autos, que el empleador no niegue los derechos pero que decida retenerlos en atención a la controversia entre los que se dicen, con algún respaldo, titulares de ellos. Para esta hipótesis estos pueden acudir a un proceso puramente declarativo en el que la justicia dirimirá su conflicto, pero sin producir decisiones condenatorias en tanto que todos los litigantes sólo pretenden ubicarse en calidad de acreedores. Uno de los interesados puede obrar como

*demandante y el otro u otros como demandados o si es el caso, intervinientes ad excludendum. Igualmente, en la situación que se analiza es viable que los presuntos derechohabientes decidan demandar al patrono, caso en el cual surgirá un proceso declarativo y de condena, cuya decisión dirimiría la controversia entre los reclamantes y ordenaría al empleador cancelar a quien corresponda. **Si sólo demanda uno de los peticionarios, los demás podrán intervenir con posterioridad en calidad de excluyentes en los términos del art 53 del C. de P.C, más si no lo hacen así el asunto habrá de decidirse sólo con respecto a las partes que actuaron, caso en el cual el fallo no vincula a los ausentes.***

En todas estas eventualidades siempre debe contemplarse la posibilidad de que posteriormente acudan nuevos beneficiarios que no han sido parte en los procesos y, por tanto, dado que su situación es individual, al no darse cosa juzgada frente a ellos, hay lugar a que ejerciten sus propias acciones. Si ello ocurre, debe recordarse que los beneficiarios que hubieren recibido son los obligados para con los nuevos, respecto de los derechos que a estos correspondan". (Negrilla fuera de texto)"⁴

2.1.2. Caso Concreto.

Partiendo de las anteriores precisiones y pasando a revisar el asunto puesto a consideración de la Sala, se tiene que los medios de prueba aportados al proceso se puede deducir que el demandante ejerció el derecho de acción en calidad de compañero permanente, quedando acreditada la misma con su declaración de que fue compañero permanente de MAYURY (q.e.p.d.), la distinguió desde el año 2006 y comenzamos a vivir en el año 2007 hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido el 7 de octubre del 2019, el registro civil de nacimiento de MAYURY IBED CARABALI DIAZ (q.e.p.d.) con la nota *"Por Esc. Pública No.1199 de 01 agosto 2014 de la Notaría Única de Stder Cauca, se realiza la declaración de unión marital de hecho de LUIS EDWIN NAZARIT CARABALI y MAYURY IBED CARABALI DIAZ, desde el 07 agosto 2011, folio 138 del libro de varios 2014. 14. ago.2014"*.⁵ De igual forma, el registro civil de nacimiento de JUZHAM VALENTIN NAZARIT CARABALI como hijo de MAYURY IBED CARABALI DIAZ y LUIS EDWIN NAZARIT CARABALI, documentos que no fueron objeto de tacha y que permiten ratificar la existencia del vínculo de unión marital de hecho; por lo tanto, no puede darse por probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa formulada por el apoderado judicial del demandado, pues de la revisión detallada del escrito de demandada y de los medios de prueba allegados al proceso, era dable inferir que el demandante actúa en calidad de compañero permanente de la trabajadora fallecida.

⁴ Sala Laboral H.T.S.Popayán. Sentencia 18 de julio de 2017 radicación 19001310500220150041001 demandante: Rosario Amelia Pérez Rosero, demandado: Pedro Antonio Caicedo Jiménez. Mag.Ponente: Dr. Carlos Eduardo Carvajal Valencia.

⁵ Carpeta01PrimeralInstancia01ExpedienteEnviado.01Exp76001310501020200020700-expediente digital.

Así las cosas, esta instancia considera que los argumentos esbozados por el apoderado judicial de la parte demandada al fundamentar la alzada no tienen vocación de prosperidad; cuando, además, ni siquiera fueron esgrimidos en la contestación de la acción y, en consecuencia, sobre este aspecto se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

2.2. Solución al segundo problema jurídico.

La respuesta al interrogante es **positiva**. Lo anterior, como quiera que revisados los medios de prueba que fueron aportados y practicados dentro de las oportunidades procesales pertinentes, especialmente, los citados por el recurrente, se advierte que la presunción de existencia del contrato de trabajo prevista en el artículo 24 del CST, no pudo ser desvirtuada y, por el contrario, es a partir de las referidas pruebas, que es dable llegar al convencimiento que en el vínculo que unió a las partes, existió el elemento subordinación, que es característico del contrato de trabajo y que se presume por la sola prestación de un servicio personal, no siendo suficiente en el presente caso las declaraciones de empleados de la sociedad demandada para desvirtuar la presunción que opera en favor de la demandante por mandato legal.

Lo anterior acogiendo lineamientos jurisprudenciales recientes de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION LABORAL que ratifican la posibilidad de reconocer la existencia de contrato de trabajo a pesar de existir aparentes contratos de pretendido corte comercial en materia de colocadores de apuestas permanentes, y además porque en el presente asunto debe aplicarse el principio suprallegal de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones de trabajo.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.2.1. Contrato de trabajo y elementos para su configuración:

El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo como: *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración...”*.

A su turno, el artículo 23 *ibidem* señala que el vínculo contractual laboral se caracteriza por la concurrencia de tres elementos de forzosa existencia para su configuración, a saber: **i)** La actividad personal desplegada por el trabajador, entendida como la ejecución, de manera directa de una labor en favor del

empleador; ii) La continuada subordinación o dependencia, como aquella potestad que tiene el empleador de impartir órdenes, directrices o instrucciones al trabajador en cuanto al tiempo, modo y lugar para la ejecución de la actividad contratada, y el deber correlativo de éste de acatarlas; y iii) Un salario como contraprestación económica a la labor realizada.

De tal forma que: *“Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”*.

Importa aclarar que la jurisprudencia consolidada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que al darse por demostrada la prestación personal del servicio se presume la existencia de un contrato de trabajo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual acarrea como consecuencia que el trabajador se vea relevado de la obligación de acreditar la subordinación jurídica, en virtud de la inversión de la carga de la prueba.⁶

Corresponderá entonces en cada caso examinar si del conjunto de los hechos y de los diferentes medios probatorios que reposan dentro del plenario, se deriva la existencia de un contrato laboral y la aplicación de la presunción legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y si obra prueba con la cual dicha presunción sea desvirtuada.

De igual forma la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el trabajador además asume otras cargas procesales, como probar los extremos temporales, jornada de trabajo, trabajo suplementario, entre otros.⁷

2.2.2. Colocadores de Apuestas Permanentes.

En materia de colocadores de apuestas permanentes el artículo 13 de la ley 50 de 1990 que adicionó el artículo 97A del C.S.T. consagra dos clases, los

⁶ “En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo” Sala de Descongestión Laboral No. 3 de la Sala de Casación Laboral, CSJ. Sentencia SL3099 del 12 de septiembre de 2018. Rad. 57933. MP Jorge Prada Sánchez.

⁷ “Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros” - Sala de Casación Laboral, C.S.J., Rad. 36549, Sentencia del 5 de agosto de 2009.

dependientes que son aquellos que *han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria* y los independientes 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, evento en el que no se podrán pactar cláusulas de exclusividad*⁸. El artículo 2º del Decreto 1350 del 21 de mayo de 2003 "*Por el cual se reglamenta la Ley 643 de 2001 en lo relativo a la modalidad del juego de apuestas permanentes o chance*" define que son las entidades concedentes, el concesionario, la agencia y los colocadores del juego de apuestas permanentes o chance⁹.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3695 de 4 de agosto de 2021 señaló que "*La venta de chance o colocación de apuestas permanentes no es distinta a todas las labores que implican la ejecución de actividades personales y por tanto está cobijada por la presunción consagrada en el artículo 24 del CST, en consecuencia le corresponde al demandado desvirtuarla a través de elementos de convicción que demuestren que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma*".

También reiteró 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*"¹⁰.

⁸ Sentencia T-761 de 2004.

⁹ **Entidades concedentes.** Son las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden departamental o del Distrito Capital, administradoras del juego de lotería tradicional, o las Sociedades de Capital Público Departamental de que trata la Ley 643 de 2001. **Concesionario.** Es la persona jurídica que celebra un contrato de concesión, con las entidades contempladas en el artículo 22 de la Ley 643 de 2001, con el objeto de operar el juego de apuestas permanentes o chance. **Agencia.** Es el establecimiento de comercio previamente autorizado por la entidad concedente, en el que bajo la dependencia y responsabilidad de un concesionario, se colocan apuestas permanentes o chance por medio de uno o varios puntos de venta. **Colocadores del juego de apuestas permanentes o chance.** Los colocadores de apuestas en el juego de apuestas permanentes o chance, pueden ser dependientes o independientes, conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 50 de 1990 y demás disposiciones que la modifiquen o adicionen.

¹⁰ (...) 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).

2.2.3. Caso en concreto:

El cuestionamiento que hace el apelante por pasiva se dirige a debilitar los indicios que soportan la presunción del artículo 24 CST, concerniente a la relación de subordinación entre la trabajadora fallecida y la sociedad demandada que según la sentencia impugnada no logró desvirtuar.

En tal sentido, se encuentra acreditado que “LA FORTUNA S.A.”, para desarrollar su objeto social realiza entre otras, “actividades de juegos de azar y apuestas”, con domicilio en Santander de Quilichao-Cauca, según Certificado de Existencia y Representación expedido el 2019/12/06 por la Cámara de Comercio del Cauca que da cuenta de que está inscrita como persona jurídica con fecha de matrícula del enero 07 de 2004.

Se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte de la trabajadora fallecida para la sociedad demandada, pues este aspecto no es objeto de apelación, situación que activa la presunción del artículo 24 del CST en su favor.

Ahora bien, la causante suscribió contrato de colocación de apuestas permanentes independiente con la demandada el 30/07/2015¹¹; sin embargo, la norma señala que la diferencia entre la dependencia o independencia de dicha actividad radica en que se dedique a la promoción o colocación de apuestas permanente *por sus propios medios, sin dependencia de una empresa concesionaria*; situación que no se cumple en el presente caso, pues la señora MAYURI (q.e.p.d.) realizó sus labores por y para la sociedad demandada, con los medios suministrados por la misma accionada, tal como se desprende de la cláusula sexta del referido contrato en que expresa que LA FORTUNA como dueño de todos los equipos de sistemas, dispositivos de recepción y registro de datos de Apuestas Permanentes entregará en comodato precario al colocador independiente su tenencia y que a la finalización del contrato deberá restituir inmediatamente los equipos de propiedad de LA FORTUNA so pena de responder por su pérdida, valor comercial, las sanciones previstas y demás perjuicios. Y que además encuentra respaldo en las declaraciones de la representante legal de la demandada quien afirmó que a los colocadores de apuestas se les asigna un datafono el cual ellos hacen su colocación de apuestas, se les da unas prendas publicitarias que consisten en una camiseta con todos los productos a la espalda, con los logos de la compañía y con los productos de chance, y los rollos de hacer el chance, como también en la declaración del demandante, quien manifestó que

¹¹ 14ContestacionAnexosYRecibido-expediente digital.

su compañera permanente (q.e.p.d.) utilizaba la dotación de una camiseta y un chaleco que le daba la empresa, así como una maquinita para hacer chance y recargas que le daba la empresa y cuando estaba en punto de venta utilizaba un computador de la empresa, la testigo María del Pilar Sarria, quien veía a la vendedora fallecida manejando el computador en el punto de venta de la Calle 5ta # 15-70, la testigo Andrea Munera dijo que frente al caso Mayury (q.e.p.d.) se le entrega una máquina que es por la cual ellos capacitan a estas personas, con el fin de que tengan conocimiento en manejo y el portafolio de productos y servicios.

Siguiendo los indicios, se observa que la FORTUNA es un concesionario de apuestas permanentes o chance para el departamento del Cauca según la cláusula séptima literal g), a la cual pertenecía la causante en el cargo de colocadora, según pantallazo anexado a la contestación de la demanda. Y según la cláusula décima, la demandada si supervisa y audita en cualquier momento la ejecución de la actividad y con base en ello, hace las modificaciones y correcciones a que haya lugar. Igualmente, y según la declaración del demandante, la trabajadora tenía que estar disponible en los horarios que de acuerdo a los turnos le asignaba la empresa de 7:00 am hasta las 2:00 pm y cuando era en la tarde de 2:00 pm hasta las 10:00 pm, porque a él le tocaba recogerla para que ella no se fuera sola para la casa. Otro indicio es que la demandada aceptó en su contestación que la actividad se desarrolló desde el 30/07/2015 hasta la fecha de su deceso 7/10/2019, es decir que durante ese periodo de tiempo fue continua. También se constata que la actora realizó el trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio, como por ejemplo en “Toro Ebrio” que era una sede de trabajo según declaración del demandante, también en el punto de venta de la Calle 5ta # 15-70 según testimonio de María del Pilar Sarria, en otros puntos que son la Galería y en barrio Nariño según la testigo Carmen Dayana Díaz quien le iba a llevar el almuerzo algunas ocasiones a esos sitios. Existe un solo beneficiario de los servicios, ya que está demostrado y pactado contractualmente que el servicio personal de la demandante se contrata por y para la FORTUNA S.A., tampoco participó de las utilidades pues la demandada le hace el pago solamente de un porcentaje liquidado sobre el valor de la venta neta diaria, pese a que menciona que la colocadora fallecida tenía autonomía en el desarrollo de su labor, lo cierto es que todo el proceso de venta de apuestas permanentes en la realidad está diseñado y preparado por la empresa contratante, y lo único que vincula a la demandante a la actividad contratada es su fuerza de trabajo que es remunerada por comisión, que conforme al artículo 127 del C.S.T constituye salario. Sumado a lo anterior, la trabajadora fallecida recibió capacitación para realizar su labor, según lo

informado por la testigo Andrea Munera, lo que resulta contradictorio, pues si se tratare de contrato comercial de carácter independiente se contrata a quien conoce y es apto para desarrollar una labor comercial con plena autonomía técnica financiera y administrativa.

Así las cosas, en el presente asunto los medios de prueba evidencian que la posible coordinación que correspondía a la sociedad accionada en la ejecución del contrato derivó en la subordinación propia del contrato de trabajo, dado que para una actividad que se desarrolló de forma permanente, suministró los medios y herramientas necesarios para su realización y era la única beneficiaria del servicio, sin que la causante haya sido realmente independiente, dado que en este caso en particular carecía de un negocio propio, estructura empresarial o medios de producción y recursos para desarrollar la labor de manera autónoma.

Finalmente y respecto a la inconformidad de la parte activa con el fallo impugnado debe reiterarse la decisión del A quo, en el sentido de que no procede la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. ni la indemnización por no consignación de cesantías del artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990, en tanto era el convencimiento de las partes la existencia de una relación comercial, lo que excluye la mala fe de la entidad demandada como presupuesto que jurisprudencialmente se ha definido como necesario para que opere esta clase de condena.

3. Costas

Ante la resulta de los recursos de apelación formulados, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santander de Quilichao, conforme a las razones indicadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme con lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inclusión de esta providencia. Asimismo, por edicto, el que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



*Firma válida
providencia judicial*

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA PONENTE



*Firma válida
providencia judicial*

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL



*Firma válida
providencia judicial*

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL