

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	VIVIANA ORTIZ RIASCOS
DEMANDADO(s)	RED DE SERVICIOS DEL CAUCA S.A. - REDCA S.A.
RADICADO No.	19-001-31-05-001-2019-00273-01
JUZGADO DE ORIGEN	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA
TEMA	CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD - Colocador permanente de juegos y apuestas.
DECISIÓN	SE CONFIRMA la sentencia número 033 del 21 de agosto de 2020.

ASUNTO A TRATAR:

Agotadas las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, integrada por los Magistrados que firman al final, junto con el Magistrado Ponente, doctor LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS,

procede a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado judicial de la señora VIVIANA ORTIZ RIASCOS, parte demandante, contra la Sentencia N° 033 del veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

Esta sentencia se emite de forma escrita, en el marco de la emergencia decretada a causa de la pandemia por COVID-19, en todo el territorio nacional, en cumplimiento a las medidas adoptadas por el presidente de la República en el Decreto 806 de 2020.

Aprobado el proyecto presentado por el Magistrado Ponente, la Sala procede a proferir la presente sentencia, previo el recuento de los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante, se declare que entre ella y la empresa REDCA existió un contrato realidad entre el 01 de julio de 2017 y el 31 de julio de 2019; y, como consecuencia, se le reconozcan los aportes al fondo de pensiones, prestaciones sociales, vacaciones, las sanciones moratorias de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, al igual que la indemnización por despido indirecto y los demás derechos conforme las facultades ultra y extra petita, además de las costas y agencias en derecho (fls.33 a 44 del expediente digital de primera instancia).

Como *supuestos fácticos relevantes*, la demandante expone, fue contratada por REDCA el 01 de julio de 2017, como colocador independiente, en la Sede del Municipio de El Tambo, Cauca, para trabajar de forma personal, mediante turnos rotativos. Que, para la ejecución del trabajo, se le suministraba el local, equipos, entre otros muebles de propiedad de la demandada; y, por la prestación de ese servicio, recibía la suma de \$650.000 o \$800.000 mensuales, de acuerdo a las ventas (bajas o altas).

Dice que, realizaba tareas como servicio y atención al cliente en el punto de venta, cajera, venta de juegos de azar, y, en ocasiones, realizar consignaciones de alto valor a nombre de la empresa.

Señala que, las labores anteriores fueron ejecutadas entre el 01 de julio de 2017 y el 30 de julio de 2019, y que renunció porque tenía que pagar altas sumas de dinero y temía ser atracada por delincuentes; además que, no le realizaron aportes a seguridad social y tampoco le fueron reconocidas sus vacaciones, ni sus prestaciones sociales.

1.2. Contestación de Red de Servicios del Cauca S.A. (folios 95 a 104, expediente digital)

La sociedad demandada, en ejercicio de su derecho a la defensa y de contradicción, por intermedio de su apoderada judicial, contestó la presente demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, la cual fundamenta, entre la señora Viviana Ortiz Riascos y la compañía Redca no existió una relación laboral, sino una relación de índole comercial, materializada por un contrato típico denominado “contrato de colocador de apuestas independientes”, de conformidad con el establecido en el artículo 13 de la Ley 50 de 1990 y 55 del Decreto 2106 de 2019 y no es obligatorio el pago de seguridad social ni prestaciones sociales.

Como *excepciones de mérito* propuso: Cobro de lo no debido, pago, buena fe de la demandada, mala fe de la accionante, prescripción e innominada.

1.3. Decisión de primera instancia:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán (Cauca), mediante la aplicación Teams (de forma virtual), se constituyó en AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO el día veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020), y cumplidas

las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia número 033 dentro del presente asunto, en la cual resolvió: Absolver a la empresa demandada de las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, condenar en costas a la parte demandante.

Tesis del Juez: Para el Despacho, existe prueba de que hubo una prestación personal del servicio de parte de la demandante, a favor de REDCA, que se deduce del mismo contrato de colocador de apuestas independiente, y en principio queda cobijada con la presunción del contrato de trabajo según el artículo 24 del CST.

Pero, como se trata de una presunción legal, admite prueba en contrario y, en este caso, de las pruebas allegadas, se llega a la conclusión de que se pudo desvirtuar esa presunción, porque, si bien la parte actora tachó el testimonio de la parte demandada, lo cierto es que la declaración del señor Camilo Hernán Rodríguez Holguín no estuvo parcializada y con este testimonio, junto con el contrato aportado, se puede determinar que la relación de las partes fue de índole comercial, propia del colocador de apuestas (hacer chances, giros), establecido en el artículo 97A del CST, que no vislumbra subordinación, pues, de la obligación 31 del contrato se desprende que no era obligatoria la prestación del servicio intuitu persona, sino que, si la señora Viviana Ortiz Riascos no podía ir, ella podía mandar otra persona, siendo congruente con lo que señaló el testigo que indicó que, si el colocador no iba, no había problema, que no era obligación abrir todos los días y cada colocador manejaba su tiempo.

Frente al tema de las actividades con los bienes de la empresa, conforme jurisprudencia de la CSJ-SL, el juez señaló que, bajo ciertas particularidades es posible que las actividades autónomas e independientes se desarrollen en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada. Bajo ese contexto, en este caso, el hecho que se le hubiera suministrado las máquinas no vislumbra una subordinación o que existe un contrato de trabajo.

1.4. Recurso de apelación de la parte demandante:

El apoderado en su oportunidad, interpone recurso de apelación, al no compartir las apreciaciones del juez de primera instancia, por no haber aplicado verdaderamente la presunción legal del artículo 24 del CST, ni dar cabida al principio de la primacía de la realidad adocotrinado por la Corte Constitucional y la CSJ, advirtiéndole que una persona puede firmar un contrato civil o comercial, pero si el contratante suministra todos los elementos, paga los avisos y el arriendo, puede haber una subordinación.

Cuestiona, además, que el juez no hubiera considerado una foto de varias personas que están en una fiesta de fin de año, ya que dentro de la sana crítica se ve el lugar del aviso y para nadie es un secreto que las apuestas de chance todos los días venden chance, al ser su objeto social.

Finalmente, pone a consideración de la Sala, ampliar los testimonios que no fueron escuchados, señalando que el juez le coartó ese derecho y bien pudo de oficio dar curso a los mismos como lo hacen otros juzgados.

En ese contexto, solicita se analice si verdaderamente hubo un error de valor de juicio y, por lo tanto, se pueda revocar la sentencia.

2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso de apelación, por auto del 17 de septiembre de 2020 se corrió traslado a las partes, por el término de cinco (5) días, para que formularan los alegatos escritos en esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º, del artículo 15, del Decreto 806 de 2020, por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

En consecuencia, se entiende surtido dicho trámite procesal en segunda instancia.

De acuerdo con la constancia secretarial del 15 de octubre de 2020, dentro de la oportunidad procesal se recibió únicamente escrito de alegatos de la parte actora.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante, en sus alegatos de conclusión, recordó que la señora Viviana Ortiz Riascos fue contratada por la demandada RED DE SERVICOS DEL CAUCA S.A. para vender, atender y servir a los clientes de la compañía, en la venta de juegos de azar. Que, los implementos que utilizaba la demandante son de propiedad de la demandada, como también los pagos de los cánones que pagaba la demandada en el local donde la señora Viviana Ortiz prestaba sus servicios. Dijo así mismo que la renuncia obedeció a que tenía miedo de realizar consignaciones de suma de dinero muy altas, y que en el curso procesal el juez negó los testigos de la señora VIVIANA ORTIZ RIASCOS y esta negación en la mayoría de los Despachos Judiciales es objeto de pronunciamiento en la admisión de la demanda es decir que podría el Despacho pronunciarse de ellos para que se pueda subsanar.

4. REQUISITOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar el recurso de apelación contra dicha decisión.

La apelación se resolverá con la aplicación del **principio de consonancia**.

Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce la presunta titular del derecho reclamado, en contra de la persona jurídica eventualmente obligada a reconocerlo.

El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insaneables.

5. ASUNTO PREVIO: RESPUESTA A LA SOLICITUD PROBATORIA EN SEGUNDA INSTANCIA:

La parte demandante, tanto en su recurso de apelación como en sus alegatos, pone a consideración del Tribunal la ampliación de la prueba testimonial, sin exponer de manera explícita qué testigos pretende sean escuchados ante este Tribunal. Sin embargo, de acuerdo al curso procesal, se deduce que lo pretendido es la recepción de los testigos que solicitó en la demanda y que fueron negados por el juzgador de instancia, ante la omisión de no haber manifestado en el escrito de demanda el objeto de la prueba.

Para la Sala, no resulta procedente en esta instancia la práctica de la prueba solicitada, por expresa prohibición del artículo 83 del CPLSS, modificado por el artículo 41 de la Ley 712 de 2001, al disponer que: *“Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia”*, ya que en este caso si bien en el escrito de demanda se solicitaron los testimonios de las señoras GLORIA TRIVIÑO URIBE, KATERINE BELALCAZAR ANTE y YANIXA RIASCOS, el

Juez de Primera Instancia, en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPLSS, negó esa prueba testimonial, no siendo pertinente, ante la falta de recurso contra el auto que negó el decreto de esa prueba testimonial, utilizar esta oportunidad para corregir o subsanar falencias de las partes.

6. PROBLEMAS JURÍDICOS:

De acuerdo a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, los **PROBLEMAS JURÍDICOS** consisten en establecer:

(i) ¿Entre la señora Viviana Ortiz Riascos y la sociedad Red de Servicios del Cauca – REDCA (antes Juguemos S.A.) existió una relación laboral, por contrato de trabajo, como colocadora de apuestas?

Como problema asociado: ¿La parte demandada desvirtuó la presunción establecida en el artículo 24 del CST?

Para dar respuesta a este interrogante, deberá examinarse necesariamente la figura del contrato de colocación de juegos y apuestas.

(ii) en el evento de declararse un contrato de trabajo realidad, se deberá verificar si hubo despido indirecto y si la sociedad demandada está obligada a pagar a la demandante las acreencias laborales e indemnizaciones demandadas.

7. REPUESTA AL TEMA DE LA EXISTENCIA DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 24 DEL CST, PARA DECLARAR EL CONTRATO DE TRABAJO:

La respuesta a este cuestionamiento es negativa y, por lo tanto, hay lugar a CONFIRMAR la decisión de primera instancia que negó las súplicas de la demanda, porque, si bien aparece probada la prestación personal de los servicios, por la

demandante, en favor de la demandada, en todo caso, la sociedad demandada - REDCA, desvirtuó la presunción del artículo 24 del CST, con las pruebas ordenadas y practicadas. Las razones de derecho y de hecho que apoyan la tesis anterior, son:

7.1.- Por mandato de los artículos 22 y 23 del CST, hay lugar a declarar la existencia del CONTRATO DE TRABAJO cuando se cumplen los requisitos de (i) prestación personal del servicio del trabajador a favor del empleador, (ii) bajo la continuada subordinación y dependencia y (iii) a cambio del pago de una remuneración o salario.

Conforme a las normas anteriores, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, una vez reunidos los tres elementos, se entiende la existencia del 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, en respeto del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

7.2.- A través del artículo 24 del CST, el legislador regula la presunción legal de la existencia de una relación laboral, por contrato de trabajo, cuando aparece probado el elemento sustantivo de la prestación personal del servicio por el trabajador a favor del empleador.

Se trata de una presunción legal, que puede ser desvirtuada por el empleador, probando que la prestación del servicio se realizó con autonomía e independencia por parte del trabajador, tal cual lo tiene definido la CSJ-SL, en su línea pacífica, pudiéndose consultar entre otras, las sentencias del 2 de junio de 2009, radicado 34759; y del 26 de octubre de 2010, radicado 37995.

También ha dicho la Corte Suprema de Justicia que no obstante estar consagrada la presunción del artículo 24 del CST, la parte demandante no está relevada de demostrar otras cargas probatorias, como por ejemplo el extremo temporal de la

relación, el monto del salario, su jornada laboral, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros¹.

7.3.- Hay consenso en la Jurisprudencia nacional, el elemento sustantivo de la subordinación y dependencia, es el que distingue a la relación de trabajo por contrato laboral, de cualquiera otra relación jurídica.

Para el legislador, según lo preceptuado en el literal b del artículo 23 del CST, la subordinación o dependencia del trabajador, para con su empleador, faculta al empleador para exigirle el cumplimiento de las órdenes que le imparta, en todo momento, respecto del modo, tiempo y cantidad de trabajo; e implica también la facultad de imponerle reglamentos de trabajo.

Pero, el empleador está obligado a respetar el honor, la dignidad y derechos fundamentales del trabajador.

7.4.- Para complementar la respuesta al tema de la apelación, se resaltan los siguientes criterios jurisprudenciales sobre la ejecución de las labores bajo subordinación y dependencia, aplicables al presente caso:

7.4.1. Sobre el contenido del poder subordinante del empleador, la Corte Constitucional, en la sentencia C- 397/06, al efectuar el estudio de constitucionalidad del literal b del artículo 23 del CST, expone lo siguiente:

“Esta facultad de disposición del empresario, si bien es un poder sobre la fuerza de trabajo, crea, al mismo tiempo, una relación personal entre patrono y trabajador, pues la energía de trabajo es inseparable de la persona humana y para disponer de aquella, es necesario que el obrero aplique su actividad en la forma indicada por el patrono.”

¹ Ver, por ejemplo: Sala de Casación Laboral de La Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de junio de 2009, radicado 34759, Magistrado Ponente: CAMILO TARQUINO GALLEGO y sentencia del 26 de octubre de 2010, radicado 37.995, Magistrado Ponente: CAMILO TARQUINO GALLEGO.

“La obediencia del trabajador a las órdenes del patrono es la forma única de disposición de la energía de trabajo y es claro que el deber de obediencia constituye una relación personal, pues liga a la persona misma del trabajador, creando una relación de autoridad y, por tanto, de subordinación de la voluntad del obrero a la del patrono”

7.4.2. Por su parte, la CSJ-SL, en la sentencia del 25 de agosto de 2009, radicado 35910, recoge la línea que de antaño se ha aplicado y viene siendo reiterada en la actualidad, cuando afirma:

“Además de lo anterior, en sede de instancia cabe destacar, que la Sala Laboral de la Corte ha dicho que la subordinación se debe analizar bajo la naturaleza de la labor que desempeñe el prestador del servicio, y del conjunto de circunstancias en que éste se desarrolle o ejecute.”

(... ...)

“Al respecto, en sentencia del 21 de febrero de 1984, radicación 7144, se dijo que:

“Respecto del elemento subordinación se han elaborado diversas teorías como la personal, la económica y la jurídica; esta última es la que ha tenido mayor aceptación por la doctrina y la jurisprudencia, y se le hace consistir en la posibilidad jurídica que tiene el patrono para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento, y en la obligación correlativa del trabajador para acatar su cumplimiento. Sin embargo, no es necesario que esa facultad sea constante, que se ejerza continuamente, aunque el patrono puede ejercerla en cualquier tiempo.

“Pero el grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor de que desempeñe el trabajador, y así por ejemplo en el desempeño de labores técnicas o científicas el grado de subordinación es casi imperceptible, y lo mismo se puede decir de los trabajadores calificados. ...”

7.5.- En concordancia con lo anterior, en relación al cumplimiento de horarios de trabajo, se estima necesario traer a mención el criterio de la CSJ-SL, expuesto, por ejemplo, en la

sentencia del 22 de octubre de 2014, radicación n° 40604 (SL14481-2014), en donde deja ver que pese a que la existencia de un horario es un elemento indicativo de la presencia de subordinación, *“...no necesariamente unívoco, concluyente y determinante, porque como lo ha explicado también la jurisprudencia de la Sala, la fijación del tiempo que ha de emplear quien presta el servicio en su actividad puede darse en otro tipo de relaciones jurídicas, sin que por ello se entiendan forzosamente signadas por la subordinación laboral (...)”*.

Adicionalmente, ha sido del criterio jurídico del Tribunal de cierre de que *“...la vigilancia, el control y la supervisión que el contratante de un convenio comercial o civil realiza sobre la ejecución y las obligaciones derivadas de tal relación, en ningún caso es equiparable a los conceptos de subordinación y dependencia propios del contrato de trabajo, pues estas últimas son de naturaleza distinta de aquellos.”* (CSJ-SL, sentencia del 29 de julio de 2015, radicación nro. 44519).

7.6.- Teniendo en cuenta la vinculación jurídica que unió a las partes en este caso, es preciso traer a mención la regulación legal sobre el tema de los colocadores de apuestas permanentes:

7.6.1. La ley 643 de 2001, fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, y define en su artículo 21 las apuestas permanentes o chance como 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 artículo en mención, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1191 de 2001.

7.6.2. El artículo 97A del Código Sustantivo del Trabajo,

adicionado por el artículo 13 de la Ley 50 de 1990, dispone que los colocadores de apuestas permanentes podrán tener el carácter de dependientes o independientes, refiriéndose a los primeros como aquellos que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria, y los segundos, es decir, los colocadores de apuestas 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.

7.6.3. En casos similares al presente, en donde la parte accionante pretendía la declaratoria de un contrato de trabajo con la accionada, por haber prestado sus servicios en el cargo de colocador de apuestas permanentes como vendedor de chance, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema en sentencias del 31 de agosto de 2010, radicado No. 38988; y del 25 de octubre de 2011, radicado No. 41319, pero, sin ahondar de fondo sobre la regulación de este tipo de vinculaciones y sin establecer una tesis frente a la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST.

En la última de las citadas decisiones, la Corte recordó que en los juicios del trabajo los falladores gozan de autonomía en la apreciación de las pruebas.

7.7.- Con estas reglas jurídicas, procede la Sala al respectivo análisis del caso, aplicando para ello lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPLSS, donde se fijan las reglas que debe aplicar el juez laboral al momento de la valoración de los medios de prueba:

7.7.1. De la revisión de la prueba documental, de la cual no hubo reparos en el trascurso del proceso, aparece probado, con el certificado de la Cámara de Comercio del Cauca -folios 4 a 18 del expediente digital de primera instancia-, que la empresa

RED DE SERVICIOS DEL CAUCA – REDCA (antes JUGUEMOS S.A.), tiene como actividad principal, entre otras, actividades de juegos de azar y apuestas.

7.7.2. También se probó, con el documento a folios 122 y 126 ibidem, que Juguemos S.A. suscribió con la señora Viviana Ortiz Riascos un contrato denominado “*Contrato comercial de colocador independiente de juegos y apuestas permanentes y productos adicionales*”, firmado el 06 de julio de 2017, con carácter indefinido.

Del contrato, a pesar de que hay partes poco legibles, se extraen las siguientes estipulaciones:

- 1) La demandante se vinculó a Juguemos S.A. como colocador independiente.
- 2) La demandante se obligó para con la empresa, sin ninguna dependencia, a promocionar directamente el juego de apuestas permanentes y demás productos que establezca la empresa, en formulario oficial de la Lotería del Cauca que le suministre la empresa.
- 3) Como contraprestación económica, por la colocación de apuestas, la actora debía entregar diariamente un porcentaje del valor de las apuestas colocadas y el restante constituía su propio ingreso.
- 4) Carácter del colocador vendedor independiente: Es un comerciante independiente que obra bajo su exclusiva responsabilidad.

En virtud del contrato anterior, entre las partes se suscribe un contrato de comodato, en el que el colador independiente recibe de la empresa accionada la mera tenencia a título de comodato gratuito de: a) Mueble de atención (punto de venta), b) aviso luminoso, c) máquina utilizada de manera exclusiva para colocar apuestas al público, d) equipo de comunicación y e) tablero de resultados (folios 127 a 128, del expediente digital de primera instancia).

7.7.3. De igual manera, se aportó al plenario un certificado suscrito el 04 de mayo de 2019, por el Representante Legal de la empresa REDCA, que obra a folio 19 del expediente digital, donde se hace constar que la señora VIVIANA ORTIZ RIASCOS ejerce la actividad de colocador independiente para apuestas permanentes, a través de la suscripción de un contrato de tipo mercantil, bajo los términos del artículo 13 de la Ley 50 de 1990, y, por lo tanto, no media ningún tipo de relación laboral.

7.7.4. A folio 20, obra renuncia efectuada por la demandante, en el cargo que venía desempeñando ante JUGUEMOS SUPER GIROS, a partir del 31 de julio de 2019, por oficio del día 12 del mismo mes y año.

7.7.5. Con la demanda, se aportan siete (7) fotografías que se encuentran a folios 23 a 25 y 27 a 30, en cuya parte inferior reposa la fecha 13/12/2017.

En la primera fotografía, aparece un grupo de mujeres y en el fondo se observa el logo de Juguemos y Super Giros. En la segunda fotografía, aparece también un grupo de mujeres en lo que parece ser una fiesta de Juguemos. En la tercera fotografía, se trae una imagen de un local de JUGUEMOS S.A., sin más evidencia.

Y, en la cuarta, quinta, sexta y séptima fotografía sólo se muestran imágenes de grupos de personas, evidenciándose en la última foto que las personas que aparecen utilizan una camiseta de la empresa JUGUEMOS S.A.

Y a folio 26 obra como un pantallazo de un correo dirigido a la demandante donde se indica la forma como se liquidan los productos de la empresa, sin remitente.

7.7.6.- En relación con la prueba testimonial, se recibió únicamente el testimonio del señor CAMILO HERNÁN RODRÍGUEZ HOLGUÍN, quien estuvo en la Gerencia Cauca de la empresa accionada.

En cuanto al contrato de colocador independiente, el testigo manifestó que se trata de un contrato de comisión mercantil para ejercer actividades de comercialización de apuestas permanentes y otros servicios del portafolio de la empresa, y, en desarrollo de esa actividad, el colocador genera unas utilidades o comisiones producto de la venta. Señala el testigo, además, que en dicho contrato: *“no había una subordinación”*, porque la colocadora de apuestas prestaba su actividad comercial en los horarios que ella podía o deseaba en alguno de los puntos de venta.

Menciona el testigo que la líder de zona era la señora Alexandra Achinte, quien es la encargada de la apertura del punto de venta y de velar por aspectos logísticos como pintura y letreros.

En cuanto al ejercicio de esa actividad, indica el testigo que la demandante se ausentaba por temas personales como sucede con los colocadores independientes cuando tienen que hacer sus diligencias personales, señalando que *“...ellos solamente van y hacen sus diligencias o sus vueltas o si no desean ejercer la actividad comercial ese día finalmente son ellos los que decidían...”*.

Más adelante explica, la figura del permiso no existe dentro de la figura de la colocación independiente, la demandante podía ausentarse o no ir.

Finalmente refiere el testigo, la empresa demandada tiene unos distintivos publicitarios como prendas distintivas que los colocadores usan o no, es decir, en palabras del testigo: *“...el porte no es obligatorio, muchas de ellas no se las ponen”*.

7.7.7.- De igual manera, se recibieron los INTERROGATORIOS DE PARTE al representante legal de la accionada y a la demandante.

El señor JUAN ELIAS LÓPEZ NAVIA, representante legal de REDCA, aceptó en su interrogatorio que la señora Viviana Ortiz Riascos prestó una actividad comercial para REDCA y que por esa actividad recibió una comisión diaria, entre julio de 2017 y

el 30 de julio de 2019, mediante un contrato de colocación independiente. Asimismo, acepta el representante legal que las máquinas que utilizaba la demandante para dicha actividad eran de la compañía.

Por su parte, la demandante, en su interrogatorio de parte, aceptó haber firmado con REDCA un contrato como colocadora independiente que consistía en vender chances, hacer giros y atender clientes, pero que de un tiempo para acá la pusieron a manejar mucho efectivo, recibiendo a cambio una comisión. Indica la demandante que dicha actividad fue ejercida todos los días y para ir a la Fiscalía por un tema de inasistencia alimentaria pedía permiso a la líder y que ella (la demandante) le pedía a su compañera que la cubriera mientras hacía la diligencia, aunque más adelante dijo que nadie la reemplazó ni pagó para que otra persona ejerciera su actividad comercial.

Cuando se le pregunta a la demandante si recibía comisión durante el tiempo que se ausentaba, dijo que no, porque en súper giros si uno no trabaja no gana.

Conclusiones:

1. En punto a la existencia de la relación laboral, la demandante cumplió la carga de probar que prestó los servicios personales a favor de la entidad demandada, en unos extremos laborales, a cambio de una remuneración, tal cual surge de la valoración en conjunto de las pruebas documentales, testimonio e interrogatorios de parte, que muestran con certeza, que la actora efectivamente realizó labores como “*colocador independiente de juegos y apuestas*”, recibiendo en contraprestación un valor dinerario sobre las ventas, durante los extremos alegados en la demanda y que se extraen principalmente de la copia del contrato comercial como colocador independiente de apuestas y la renuncia a dicho cargo.

2. Entonces, demostrado como está, el primer requisito de la

prestación personal de los servicios por la demandante en favor de la entidad demandada REDCA (antes JUGUEMOS S.A.), surge a la vida jurídica la presunción establecida en el artículo 24 del CST, es decir, de la existencia de un contrato de trabajo, siguiendo los precedentes jurisprudenciales reseñados sobre la interpretación de la citada normativa, quedando relevada la demandante de probar el elemento sustantivo de la subordinación y dependencia, como elemento sustantivo de la relación laboral, por contrato de trabajo.

Como quiera que la presunción legal cobija a la demandante, a la parte demandada le asistía la carga de destruir tal presunción, probando que los servicios se prestaron bajo una vinculación jurídica diferente a la laboral, con total autonomía, e independencia.

3. Ahora, al realizar la revisión y valoración de los medios de convicción ordenados y practicados, la Sala llega a la convicción, con los elementos de juicio aportados por las partes, junto con el único testimonio absuelto por el señor Camilo Hernán Rodríguez Holguín y los interrogatorios de parte tanto de la demandante como del representante legal de la empresa REDCA, se destruyó la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo, porque, hay evidencias probatorias, claras y contundentes de la realización de las labores por la demandante con total autonomía e independencia.

A esa conclusión se arriba porque, si bien la demandante y el testigo Camilo Hernán Rodríguez Holguín refirieron a la existencia de una líder de zona que según el mencionado testigo supervisaba a los colocadores independientes, dicha supervisión consistía en estar pendiente de apertura de puntos de venta y aspectos logísticos para el desarrollo de dicha actividad, tales procedimientos no son indicios de la subordinación propia del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que se trata de acciones de seguimiento para el cumplimiento de los servicios en los términos contratados, que pueden ser aplicados a cualquier otra persona que tenga una relación continua de cualquier tipo con una compañía, es decir, por sí solos no constituyen un

indicativo inequívoco de la subordinación propia de un contrato de trabajo.

Ya ha señalado la CSS-SL, en las providencias traídas en precedencia, que el señalamiento de directrices en alguna clase de contratos de prestación de servicios civiles o comerciales, como en este caso, per se, no conducen inexorablemente a la desnaturalización de su objeto, como quiera que en esta clase de relaciones, el contratante, con el objeto de lograr la correcta ejecución del mismo, está en la facultad de dar instrucciones y ejercer control y supervisión sobre la labor contratada, sin que ello implique la configuración de una relación laboral regida por un contrato de trabajo. Inclusive, tal situación no cambia por el hecho que la actividad comercial ejercida por la demandante se hubiere desarrollado con elementos propios de la empresa REDCA (antes JUGUEMOS).

Además, si bien la demandante en su interrogatorio indicó que para ausentarse de su cargo requería de permiso de su jefe inmediato (o líder), ningún valor probatorio podía darse a esa declaración de la actora, que carece de fuerza demostrativa, porque *«a nadie le está permitido constituir su propia prueba»*. Además que, esa manifestación resulta contradictoria si se observa que la señora Viviana Ortiz Riascos en una parte de su interrogatorio acepta que para sus diligencias personales solicitaba a sus compañeras realizar su turno; hecho último que concuerda con lo dicho por el único testigo traído a juicio, quien mencionó, por su conocimiento en el tiempo que estuvo en la Gerencia Cauca, que en este tipo de contratos no existe la figura del “permiso” y bien puede el colocador de apuestas disponer de su tiempo.

Así las cosas, los hechos probados permiten llegar a la convicción, el contrato celebrado entre las partes de este proceso se ciñó a las reglas contractuales acordadas en el contrato comercial de colocador independiente de juegos y apuestas permanentes.

Bajo ese entendido, la parte demandada logró el cometido de destruir la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, pues la contratista y ahora accionante

realizó las labores bajo el carácter de comerciante independiente, obrando por su cuenta y bajo su exclusiva responsabilidad, sin subordinación laboral, ni sometimiento a horario de trabajo y a las órdenes de la accionada, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 50 de 1990.

En conclusión, conforme a los hechos probados queda destruida la presunción de la existencia de una verdadera relación laboral, por contrato de trabajo y hay lugar a confirmar la sentencia objeto de apelación.

4. La anterior conclusión no cambia con las fotografías aportadas al plenario y que cuestiona como mal valoradas el apoderado de la demandante, pues se trata de imágenes de grupos de personas con logos de la empresa JUGUEMOS S.A. y en actividades de la compañía, pero que no aportan información suficiente para tener por demostrada la subordinación laboral, ya que a partir de las mismas no se determinan aspectos relacionados con el modo de ejecución de la actividad de colocador de apuestas por parte de la demandante y a favor de la accionada.

Tampoco el pantallazo de un correo electrónico recibido por la demandante, en relación a directrices sobre la forma en que se liquidan unos servicios de chance y demás (folio 26), constituye prueba idónea de la subordinación pregonada, más aún, cuando en punto a la valoración de los mensajes de datos, y en particular, de aquellos reproducidos en papel, de conformidad con las reglas generales establecidas en los artículos 244 y 247 del CGP y la Ley 527 de 1999, aplicables en materia laboral en virtud del artículo 145 del CPLSS, pierden eficacia o fuerza probatoria al no aparecer debidamente probada la autoría. En todo caso, se trata de directrices que no implican la configuración de una relación laboral de acuerdo a la valoración en conjunta de todos los medios probatorios.

5. Si en gracia de discusión se aceptara la existencia de un contrato de trabajo, la parte demandante no demostró que el servicio se haya prestado de forma continua, todos los días de la

semana, y tampoco la jornada laboral en que lo realizó. Hechos cuya carga probatoria recaía en la trabajadora demandante, necesarios para cuantificar las condenas pretendidas, razón por la cual tampoco había lugar a conceder las pretensiones de la demanda.

6. Resuelto este primer problema jurídico en forma adversa para la demandante, no hay necesidad de pronunciamiento de los demás formulados, menos aún hacer un estudio sobre los salarios y prestaciones sociales que se reclaman, pues se trata de emolumentos propios de un contrato de trabajo, el cual no se encuentra aquí demostrado.

En otras palabras, al no estar probada la relación laboral que se reclama entre las partes, se impide el reconocimiento de las pretensiones condenatorias.

8. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA:

De conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del principio de integración establecido en el artículo 145 del CPLSS, ésta Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, por resultar desfavorable el recurso de apelación propuesto por su apoderado.

Las agencias en derecho se fijarán por el Magistrado ponente, en la oportunidad procesal, a voces de los artículos 365 y 366 del CGP.

9. DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE la Sentencia número 033 de primera instancia proferida el veintiuno (21) de agosto del año dos mil veinte (2020), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por la señora VIVIANA ORTIZ RIASCOS contra RED DE SERVICIOS DEL CAUCA – REDCA, por las razones jurídicas expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas de segunda instancia a la parte demandante y apelante, señora VIVIANA ORTIZ RIASCOS, a favor de la demandada.

La cuantificación de las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

TERCERO: Por Secretaría de la Sala Laboral, **NOTIFÍQUESE POR ESTADO ELECTRONICO**, con la inclusión de esta providencia para conocimiento de las partes y sus apoderados, acogiendo los lineamientos establecidos en el Decreto Ley 806 de 2020.

Los Magistrados,



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA