

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, le corresponde a la Sala entrar a resolver el recurso de apelación instaurado por el apoderado judicial de la parte demandante frente a la Sentencia de fecha 28 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** adelantado por **MARÍA AMANDA CARABALI** contra **LA FORTUNA S.A.** Asunto radicado bajo la partida No. 19-001-31-05-001-2020-00078-01.

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES:

1.1. La Demanda.

Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en el escrito de demanda, visible a folios 44 y siguientes del anexo 1 del cuaderno principal – expediente digital, a partir de la cual, la parte

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

demandante pretende se declare lo siguiente: a) que entre la demandante y la demandada LA FORTUNA, existió un contrato de trabajo REALIDAD entre el 16 DE MARZO DE 2016 Y EL 8 DE JULIO DE 2018, el cual fue terminado por manifestación expresa de la trabajadora que no se pagaron los derechos sociales que ahora se reclaman y que consisten en trabajo en dominicales (58 días) trabajo en días festivos (20 días), auxilio de transporte, vacaciones, primas de servicios, cesantías y el pago de la seguridad social.

1.2. Contestación de la demanda.

1.2.1. La demandada sociedad LA FORTUNA S.A., a través de apoderado judicial, al ejercer su derecho de contradicción con la contestación de la demanda, obrante en el archivo 09 del expediente principal – expediente digital, negó la mayoría de los hechos, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló la excepciones de INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS SUSTANCIALES PARA DECLARAR LA RELACIÓN LABORAL y COBRO DE LO NO DEBIDO.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, la a quo, en audiencia pública llevada a cabo el 28 de junio de 2021, procedió a dictar sentencia en la que resolvió: negar las pretensiones de la demanda y absolver a la sociedad demandada declarando probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS SUSTANCIALES PARA DECLARAR LA RELACIÓN LABORAL y COBRO DE LO NO DEBIDO y condenando en costas a la parte demandante.

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

Para tomar su decisión la A Quo señala inicialmente la orientación jurisprudencial sobre contrato de trabajo realidad e indica los elementos del contrato de trabajo y parte de señalar como los colocadores de apuestas permanentes pueden ser dependientes o independientes y que la sociedad demandada es una empresa colocadora de negocios del monopolio rentístico del estado y como está demostrado que la demandante se vinculó como colocador independiente por el termino de un mes prorrogable si no se termina la vinculación por las partes y que como contraprestación se fijó una comisión equivalente a un porcentaje sobre las ventas diarias, señala que el contrato es comercial y como existe acta de terminación unilateral del contrato y que la actividad se prestaba con sus propios medios. Posteriormente analiza las declaraciones de los señores GUILLERMO LEON TORRES GOMEZ, GILIBERT LEONARDO MARTINEZ, YUDY ANDREA MUNERA, LUZ DARY CAICEDO CAMILO, JESUS MARIA PITO Y MARIA ARLEIDA CAICEDO señalando que todos los testigos dan fe de las labores personales de la actora en el punto de venta de Bellavista y en un horario determinado que los testimonios traídos por la parte demandante además del horario indican la utilización de publicidad y logo de la empresa y una supervisión por parte de la misma. Por lo mismo indica que la testigo LUZ DARY CAICEDO solo trabajo un mes en LA FORTUNA y que fue la demandante la que le comentó de la supervisión que consistía en si abría el punto, pero que no la acompañó razón por la que pierde credibilidad en su testimonio y así también el testigo JESUS MARIA PITO afirma que veía llegar al supervisor pero no presencié dicha actividad y la señora MARIA ADELAIDA CAICEDO no sabe que le dirían a ella en la supervisión y en otros aspectos la demandante le contó por lo que es también testigo de oídas.

Considera que por otra parte los señores GUILLERMO LEÓN TORRES, GILIBERT LEONARDO MARTINEZ Y JUDY ANDREA MUNERA son unánimes en declarar sobre la forma como se presta el

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

servicio, la existencia de varias clases de puntos de venta y los de venta son aliados comerciales que la FORTUNA entrega equipos de computo porque con ellos se vigila la actividad, que no hay horario ni subordinación, que no se les puede exigir horario y que si no van no se abre el sitio o se reemplaza por otra persona, que la supervisión es un acompañamiento y la capacitación es para que conozcan los servicios que prestan. Considera que está demostrado el servicio que fue de colocador de apuestas y que la presunción de contrato de trabajo que de este se deriva fue desvirtuada concluyendo que la relación fue independiente o autónoma, que los testimonios aportados por la parte demandante no estuvieron presentes y fueron más de oídas y por tanto le da mayor credibilidad a los otros testimonios que indican que no estaba sujeta a horario, ni subordinación y que si bien hablaron de subordinación ella se refiere a que abrieran y no había llamados de atención resaltando que la misma demandante estableció la modalidad de pago de la comisión. Considera que fueron acciones de seguimiento al cumplimiento de los servicios contratados por lo que el vínculo fue comercial ya que el señalamiento de directrices no lleva necesariamente a desnaturalizar el contrato comercial. Y como además podía ser reemplazada por otra persona con ello se elimina el 1er requisito del artículo 23 del C.S.T.

Finalmente señala que existe la fecha inicial del 26 de febrero de 2016 pero las actas no señalan la fecha de finalización de la relación de trabajo ni la aportan los testimonios por lo que no estarían demostrados los extremos laborales.

3. RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandante apela señalando que se han probado los presupuestos de la relación laboral como prestación del servicio con ausencias por razones de

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

salud y en forma personal y frente a la subordinación los testigos no podían ser demasiado casuísticos y particulares en esa subordinación en el control de esos supervisores, que los testigos eran por lo que la demandante les comentaba y ellos no podían dar fe de las particularidades del control ni estaban dentro de la empresa para saber qué clase de mandatos les daban los supervisores, que si instruían y la empresa imponía el horario y sino la requerían telefónicamente, que había directrices para prestar el servicio, para entregar el dinero. Señala que hay exteriorizaciones como el horario, la supervigilancia, y no se le puede pedir al testigo que diga cómo eran los mandatos pero está demostrado que había supervisores. No puede pensarse que una colocadora de esta clase sea autónoma que se a independiente, es inaceptable. Señala que el supervisor Guillermo león torres miente y señala que el si conocía a la demandante y la supervigiló. Indica que el hecho de que la demandante hubiera indicado que quería que la comisión se la pagaran mensual no indica autonomía ya que la comisión es salario. Que los elementos del contrato de trabajo existen.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

En firme el auto que admitió la apelación, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días a cada una, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación y a ellos se contraerá la Sala al resolver la alzada. Dentro de la oportunidad debida, únicamente la parte demandada presentó por escrito alegatos de conclusión, así:

4.1. La parte demandada por intermedio de su apoderado fue la que dentro del término legalmente señalado presentó alegatos en esta instancia los cuales se sintetizan en la siguiente forma: señala que se logró desvirtuar la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T. y la parte demandante no acredita los elementos del contrato de trabajo. Afirma que la relación es comercial y con soporte en el artículo 13 de la ley 50 de 1990 ya que la colocación de apuestas se realiza sin dependencia alguna. Reitera lo afirmado por los testigos que laboran en la sociedad demandada quienes afirmaron que la demandante no estaba sujeta a metas, horarios, órdenes o subordinación. Afirma que el reglamento interno de trabajo no contiene ninguna prescripción de orden para los colocadores independientes y finalmente que el artículo 24 del C.S.T. no exime de probar los otros elementos del contrato de trabajo. Solicita se confirme la sentencia apelada.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. COMPETENCIA: Es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la parte demandante, contra la sentencia enunciada en los antecedentes, por ser el Superior Funcional del juzgado que profirió la decisión atacada, la cual además es susceptible del recurso de apelación, en virtud de lo normado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007.

Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en materia laboral, así como el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos eventos en los que no se requiera del decreto y práctica de pruebas, se proferirá por escrito. En consecuencia, es este el fundamento normativo que en esta oportunidad aplica la Sala para resolver por escrito la alzada.

5.2. PRINCIPIO DE CONSONANCIA: Para resolver la apelación debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T.– adicionado por el art. 35 Ley 712 de 2001-, en virtud del cual, “La sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, por lo que esta Sala centrará su atención en resolver los puntos relativos al recurso, el cual hace énfasis en lo anteriormente sintetizado.

5.3. PROBLEMAS JURÍDICOS: Para resolver el recurso de apelación, la Sala centrará su atención en determinar lo siguiente:

- Conforme a los medios de prueba que obran al interior del proceso, especialmente la prueba testimonial y los interrogatorios absueltos por las partes, y los documentos ¿fue acertada la decisión de negar las pretensiones de la demanda y absolver a la `parte demandada o por el contrario, están demostrados los elementos constitutivos de un contrato de trabajo que ameriten su reconocimiento judicial?. En caso de que la respuesta al anterior interrogante fuere positiva, qué derechos deben reconocerse a la demandante?

5.4. TESIS DE LA SALA: La respuesta al anterior planteamiento habrá de ser negativa y por ello se habrá de revocar la sentencia de primer grado. 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

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

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 H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA 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 supralegal de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones de trabajo.

El fundamento de la tesis es el siguiente:

Para que sea procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo, la actividad probatoria del demandante debe estar orientada por lo menos, a conducir al fallador, a la certeza efectiva de que hubo una prestación personal del servicio, pues en virtud de la presunción contenida en el artículo 24 del CST, acreditada la prestación personal de un servicio a favor de otra persona, se presume la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo.

A su turno, la actividad probatoria del demandado deberá estar encaminada a desvirtuar tal presunción, o en su defecto, el elemento subordinación, que también se presume cuando queda acreditada la prestación personal del servicio, bien sea, acreditando que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada, o bajo un nexo distinto al laboral.

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

Lo anterior, como quiera que es una presunción de origen legal que puede ser desvirtuada por el demandado ante el juez del trabajo, quien determinará si en realidad se configura o no la referida subordinación a efectos de adoptar las medidas concernientes a las consecuencias de orden laboral, o por el contrario, las que se deriven de la mera prestación de servicios independientes, de ahí que, sí las pruebas aportadas al proceso demuestran que la relación que hubo entre las partes no fue de índole laboral por no haber existido subordinación o por no estar regida por un contrato de trabajo, así debe declararse.

En materia de colocadores de apuestas permanentes la ley consagra dos clases exclusivamente dependientes o independientes y por ello se cita a continuación el texto del artículo 13 de la ley 50 de 1990 que adicionó el artículo 97A del C.S.T. así:

“ARTICULO 97-A. COLOCADORES DE APUESTAS PERMANENTES. <Artículo adicionado por el artículo 13 de la Ley 50 de 1990.> 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 dependientes los que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria. Son 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.

PARAGRAFO. Los colocadores de apuestas permanentes que con anterioridad a la vigencia de la presente ley estuvieron

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

vinculados mediante contrato de trabajo, mantendrán tal vinculación de idéntica naturaleza”.

Frente a esta definición legal de entrada la Sala encuentra que en el caso concreto no se cumple uno de los requisitos para que la vinculación de la actora pueda considerarse como colocadora de apuestas independientes ya que ella no se dedicó a dicha labor por sus propios medios sino con los medios suministrados por la empresa contratante y aquí demandada, pero además con la prueba obtenida no se desvirtuó la presunción de contrato de trabajo y con ella de subordinación que operaba en su favor ya que para ello no fue suficiente la declaración de testigos de empleados de la sociedad demandada que por su misma condición eran testigos sospechosos y no ofrecen suficiente credibilidad a la Sala, no bastando para eliminar dicha subordinación la sola afirmación de que la trabajadora era independiente o que no recibía órdenes ni tenía que pedir permiso para ausentarse, porque son otras circunstancias las que permiten concluir que la labor fue subordinada no solo en la colocación de apuestas sino en las demás labores que desarrolló la demandante para la empresa demandada entre las que se destacan en los mismos términos empleados por la sentencia **SL 3695 de 4 de agosto de 2021 M.P: IVAN MAURICIO LENIS GOMEZ** los siguientes: que la labor se desarrolló de manera continua, en un punto fijo que asignó la sociedad demandada, 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 y los demás servicios que se contrataron con el otro pretendido contrato comercial en el que actuaba la demandante como agente intermediario entre LA FORTUNA y el cliente, como colocadora de los servicios comerciales, realizando su labor “de manera independiente y autónoma” pero en nombre de la fortuna quien hace el encargo.

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

Se debe señalar que en la presente providencia se acogen los lineamientos generales que sienta la SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en la referida sentencia SL 3695 DE 2021 que por definir un asunto con elementos fácticos similares a los del presente, obligan aplicar los criterios allí sentados al presente asunto en virtud del principio de igualdad, del carácter vinculante del precedente judicial y ante todo del principio de primacía de la realidad sobre las formas y del principio de favorabilidad que debe aplicarse en la interpretación de las normas que regulan el asunto.

Precisamente en la citada providencia se señala textualmente 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”*.

Se tiene que testimonios como los de LUZ YABI CAICEDO CAMILO, JESUS MARIA PISO Y MARIA ALEIDA CAICEDO CAMILO dan fe del horario de trabajo de la demandante en dos jornadas una de 6 am a 2 pm y la otra de 2 pm a 10 de la noche en forma alternada con otra persona y de la constante supervisión de parte de la empresa concesionaria del chance aquí demandada controlando la hora de entrada, sin embargo, se le resta credibilidad por la A Quo porque escucharon algunos puntos de los declarados a la propia demandante o porque no escucharon directamente qué decía el supervisor a quien veían llegar, pero no se tuvo en cuenta que las testigos Caicedo vivieron con la demandante y en algunas oportunidades la acompañaron al trabajo y ante todo que tenían razón para conocer como se desarrollaba el trabajo de la demandante en tanto ellas también trabajaron con la sociedad demandada en las referidas labores y si bien las unía un parentesco con la actora no era suficiente

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

razón para desestimar totalmente sus afirmaciones como tampoco lo es el vínculo de los otros testigos con la sociedad demandada.

Se destaca cómo la testigo MARIA ALEIDA CAICEDO indica que la empresa entregaba a la demandante los elementos de trabajo como computadora, impresora, y que la actora no pagaba el local que la empresa pagaba y que ella siempre se ponía la camiseta de la empresa, que le pagaban por comisión en las ventas y la vigilaban, iban a mirar que ella estuviera en el punto y horario de entrada y de salida, que además le daban cursos de capacitación y afirma que conoce eso porque vivían juntas y a veces la transportaba y la acompañaba y veía que llegaba el supervisor y también llegaba el recaudador. Estas afirmaciones antes que ser descartadas, deben valorarse porque tienen coincidencia en algunos aspectos con lo narrado por los otros testigos empleados de la empresa demandada y con los documentos contractuales que obran en el expediente.

Por su parte los testimonios de GUILLERMO LEON TORRES, GILIBERT LEONARDO MARTINEZ Y YUDY ANDREA MUNERA, si bien son empleados de la sociedad demandada y por tanto no ofrecerían suficiente credibilidad a la Sala sobre sus afirmaciones declaran sobre hechos tales como que el colocador es el que escoge la modalidad en que va a trabajar de las tres que hay, si en punto fijo, ambulante o el que denominan TAT, que no son subordinados, no hay sanciones, no tienen facultad para darles permiso, que se les exige el RUT de la DIAN para apuestas o juegos de azar, que los colocadores deben trabajar con unos talonarios o rollos más un software autorizado por el Estado, que la demandante prestaba el servicio en los equipos de la Compañía con software de propiedad de sociedad demandada. En particular Gilibert Martínez explica las tres modalidades o canales de venta y que los equipos se los dan en comodato y la demandante hacía parte de un punto de venta que están disponibles y los aliados comerciales los buscan para ejercer

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

esa venta y ellos los distribuyen para que puedan cumplir su objetivo que es hacer la operación y puedan ganarse su comisión. A su vez la testigo Yudy Andrea Munera explica cómo fue la capacitación de la demandante el 24 de febrero de 2016 para entrar a desempeñar su labor y como después de esa capacitación sigue el proceso con el Promotor y que los medios los da la empresa.

Si bien estos dos grupos de testimonio tendrían razones para restarles credibilidad por su relación de parentesco con la demandante o de subordinación con la empresa demandada, dejan en claro para el proceso muchos elementos que permiten entender como fue la vinculación de la demandante y como se desarrollaba su labor en el puesto de venta del barrio Bellavista lo cual en muchos aspectos coincide con lo señalado en los contratos mediante los cuales se vincularon formalmente las partes para desarrollar la labor contratada.

Lo que si es necesario dejar sentado es que con las solas manifestaciones de los testigos empleados de la sociedad demandada no se desvirtúa la presunción de contrato de trabajo y por tanto de labor subordinada que opera en favor de la trabajadora demandante en tanto para despejar la contradicción entre los medios de prueba es necesario acudir a otros elementos que la doctrina y la jurisprudencia han señalado para definir si se está ante una verdadera subordinación jurídica propia de un contrato de trabajo. Pero antes de eso es necesario señalar que en su declaración de parte el representante legal de la empresa demandada afirma que los colocadores independientes de apuestas hacen funciones de recaudo de servicios públicos, recaudo para el pago de recargas a telefonía celular, hacen pago y envío de giros también todos y cada uno de ellos por los sistemas que están homologados directamente por cada una de las entidades con las cuales se ha contratado.

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

Se valora la anterior afirmación como confesión en tanto con ella se demuestra que la demandante debía realizar labores distintas a las contratadas en los contratos formalmente comerciales que suscribió con la sociedad demandada ya que en ellos no se señala el recaudo de servicios públicos, ni con todos los servicios por los cuales la demandante recibía comisión que se enlistan en el resumen agrupado de pagos de comisiones que a nombre de la demandante obra a folios 35 del archivo 01 del expediente digital; por lo que esta declaración coincide o es consecuente con la afirmación de la demandante en su declaración de parte según la cual ella era instruida para ofrecer los productos nuevos que iban ingresando y habla de que prestaban el servicio del Banco Mundo Mujer, Colpensiones y que recibían funeraria, lo cual permite inferir que no se limitaba el servicio a los ítems expresamente señalados en los dos contratos firmados entre las partes y que tenían fijado su porcentaje de comisión por cada venta o servicio.

En efecto obran en el expediente dos contratos el uno denominado "CONTRATO DE COLOCACIÓN INDEPENDIENTE DE APUESTAS PERMANENTES" que cubría como productos: el chance, doble chance, lotería en línea, lotería física, superastro y las deportivas que tenían cada uno asignado un porcentaje de comisión para la trabajadora, y por otro lado el CONTRATO ATÍPICO DE COLOCACIÓN INDEPENDIENTE DE SERVICIOS COMERCIALES con los productos giros y recargas a los cuales se les asignó un porcentaje de comisión y aparece un producto recaudo que no tiene asignada comisión y por tanto no sería objeto de remuneración contractual o quedaría por fuera del mencionado contrato, lo cual aparece lógico si pueden ser diferentes clases de recaudos que contrate la sociedad demandada con las empresas o instituciones a las que les presta dicho servicio; y por ello el representante de la entidad demandada en su declaración señala que cada uno de ellos por los sistemas que están homologados directamente por cada una de las entidades con las cuales se ha contratado. Es decir que LA

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

FORTUNA contratava con dichas entidades el recaudo y lo ejecutaba a través de los que denominaba colocadores independientes como la demandante que siendo así no tenía una verdadera independencia en tanto debía vender o recaudar los productos que le indicara la empresa demandada, sin que en el contrato se le hubiere fijado un porcentaje por venta o comisión. Se debe resaltar que al anterior indicio de subordinación se suma el hecho de que el contrato se pactaba por un periodo de un mes que se iba prorrogando si no lo terminaban y sin que terminarlo tuviera consecuencia económica alguna para la sociedad contratante por lo que es evidente que si la pretendida contratista no prestaba el servicio en los ítems que le señalara la sociedad, su vinculación o permanencia resultaba precaria y podía perder esa fuente de trabajo y de subsistencia.

En efecto del documento que obra a folios 35 archivo 01 del expediente digital denominado “resumen agrupado” a nombre de la demandante le liquidan a la fecha de terminación de la relación contractual comisiones por rubros tales como: -ETB movilred, -Betplay, - Tigo móvil red, - recaudo Emtel, - Energetica de occidente, - Movistar móvil red, - Avantel, -Claro BX, -Virgin móvil red; documento que coincide con la fecha afirmada como de terminación del contrato por parte de la demandante (8 de julio), es decir, que fue lo que al día siguiente le fue reconocido a la actora y por rubros adicionales o no reseñados en los contratos celebrados a los que se les asignó una comisión.

En la cláusula primera del segundo contrato se señala el OBJETO así: “EL COLOCADOR INDEPENDIENTE tiene calidad de agente intermediario entre LA FORTUNA y el cliente, actuando como colocador de los servicios comerciales, realizando su labor de manera independiente y **autónoma pero en nombre de la FORTUNA quien hace el encargo**”. Observa aquí la Sala contradicción entre la pretendida independencia con que se consagra obra el colocador

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

independiente y la afirmación de que obra a nombre de la FORTUNA, representación que deja inmersa a la demandante en la estructura de la empresa por que solo quien tiene una vinculación subordinada puede actuar en representación de la empresa ya que si fuera independiente actuaría a nombre propio y esta es una de las características que definen la subordinación laboral según la jurisprudencia especializada recordada en la sentencia SL 3695 de 2021 que se viene citando, y en la cual se indica como uno de los indicios de subordinación la integración del trabajador en la organización de la empresa, y no cabe duda que si LA FORTUNA cumple el objeto de los contratos que suscribe con entidades para el recaudo de servicios públicos u otro cualquiera de los servicios que presta y lo hace a través de la demandante a quien vincula por un pretendido pero no real contrato de colocadora independientes de servicios, lo que está es haciendo extensivo su red de prestadores de servicio en su nombre, es decir, agrandando su organización ya que no cabe duda de que si el colocador independiente debe obrar en nombre de la FORTUNA es porque la entidad que la contrató le exige a ella la prestación directa del servicio de recaudo o como pueda llamarse, porque si fuera colocadora independiente, el contrato de dichas entidades debería serlo en este caso con la demandante MARIA AMANDA CARABALI.

Siendo así se hace necesario adentrarse en el elemento subordinación propio del contrato de trabajo que se presume por el solo servicio prestado y por tanto definir si dicha presunción se desvirtuó con las declaraciones de los testigos empleados de la sociedad demandada, llegando LA SALA a la conclusión de que no fue así en tanto aun dándoles pleno valor probatorio solo negarían algunos de los puntos o aspectos que son relevantes para definir la subordinación propia del contrato de trabajo pero no todos y por el contrario se evidencia la existencia de otros elementos que llevan al convencimiento de la existencia de dicha subordinación y que son señalados en la sentencia

ya referida (SL3695) de la cual en este momento se pasa a citar apartes textuales que orientan el tema así:

“...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

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

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).

Por su parte, el RUT de la accionante solo permite establecer que aquella cumplió con su obligación de registrar la actividad económica de juegos de azar ante la entidad competente, lo que según el régimen que regula la colocación de apuestas aplica a todos los vendedores de chance, sin importar la naturaleza del vínculo mediante el que ejecuten su actividad -artículo 55 de la Ley 643 de 2001 y 21 del Decreto 1350 de 2003.....” (Hasta aquí la cita jurisprudencial)

De los anteriores indicios solo se habrían desvirtuado la aplicación de sanciones disciplinarias y queda en duda la fijación de horarios en tanto existe prueba en contrario en las declaraciones recibidas pero sí existía control de la FORTUNA en la realización del trabajo con sus supervisores y con el recaudo de los dineros recibidos en forma permanente, pero además se cumplen los siguientes indicios que llevan a concluir en la subordinación propia del contrato de trabajo así:

(...)1- la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona como se acaba de señalar; 2- cierta continuidad en el trabajo, la cual se desprende del tiempo que duro la relación que unió a las partes y que se prorrogó por más de dos años; -); 3- la realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

servicio, ya que fue la FORTUNA la que definió el punto fijo donde iba a trabajar la demandante que podía ser de su propiedad o que lo tuviera en arrendamiento tal como se consagra contractualmente; 4- el suministro de herramientas y materiales, ya que está demostrado y consagrado contractualmente que todos los elementos tales como computador, software impresora, rollos y demás elementos de trabajo fueron suministrados por la FORTUNA; 5- el hecho de que exista 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; 6- la terminación libre del contrato, ya que no existía ninguna consecuencia económica para la terminación del contrato por parte de la empresa; 7-y la integración del trabajador en la organización de la empresa a la que ya se hecho referencia en tanto, a la estructura empresarial de la FORTUNA para el desarrollo de la venta de apuestas permanentes como para los demás servicios que prestaba se integraba la trabajadora demandante en la medida que actuaba conforme al segundo contrato reseñado, a nombre de la FORTUNA sociedad de quien era también el valor del dinero recaudado, tal como se consagra en la cláusula VIGESIMA SEPTIMA en la que se consagra la responsabilidad del colocador independiente el cual reconoce que los dineros en efectivo generados por transacciones de pago o recaudo son de propiedad de la FORTUNA.

En los contratos se consagra que el colocador independiente tiene autonomía técnica, administrativa, financiera y operacional pero ella en la realidad de los hechos no está demostrada sino todo lo contrario que todo el proceso o estructura está diseñado y preparado por la empresa contratante siendo en la realidad que 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.

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

A lo anterior puede sumarse que se ha aceptado que constituye otro elemento que denota subordinación el hecho de que la demandante haya recibido capacitación no solo para entrar a laborar como colocadora de apuestas sino en el desarrollo del contrato, ya que 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.

Para concluir este punto se vuelve a citar apartes de la sentencia SL 3695 de 2021 en la siguiente forma:

...."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..." (Hasta aquí la cita).

La anterior conclusión de esa máxima Corporación Judicial es exactamente aplicable y la Sala la acoge como parte de esta decisión para concluir que no se desvirtuó en el caso de la demandante MARIA AMANDA CARABALI la presunción de existencia de contrato de trabajo y por ende de la subordinación propia que caracteriza esa clase de vinculación laboral que genera derechos en favor de la trabajadora demandante.

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

Se tiene que en el asunto que dio lugar a la sentencia que se acaba de citar se dieron también dos clases de contratos uno para al venta de apuestas permanentes y el otro de franquicia para otros servicios como los que se contrataron con la demandante solo que en este caso se denominó CONTRATO ATÍPICO DE COLOCACIÓN INDEPENDIENTE DE SERVICIOS COMERCIALES pero teniendo elementos comunes que definen la subordinación, por lo que es necesario citar otros apartes de la referida sentencia SL 3695 DE 2021 por resultar exactamente aplicables al presente caso y con los cuales se sustenta igualmente la presente providencia así:

“...Pues bien, en relación con los citados medios probatorios, la Sala advierte que en todos se evidencian aspectos adicionales y complementarios a la venta de chance; de ahí que las conclusiones derivadas para la labor principal son extensivas a estas actividades accesorias.

En efecto, nótese que las anteriores pruebas permiten señalar que ambas labores se ejecutaban en un mismo punto de venta fijo que asignó la recurrente, con los medios -herramientas y materiales- que esta suministró y bajo condiciones y obligaciones similares a las pactadas en relación con la primera labor analizada.

De modo que el cuestionamiento de la sociedad recurrente en relación con los medios de convicción asociados a las actividades derivadas de los contratos de franquicia -venta de lotería y recarga de celulares- no permiten inferir la existencia de algún error de hecho en la valoración probatoria que efectuó el Tribunal.

Ello, porque el análisis de los mismos también permite ratificar que en el vínculo que unió a las partes sí existió la prestación personal del servicio y la subordinación.

Al respecto, téngase presente que para estas actividades complementarias, que se formalizaron mediante diversos contratos, estos dan cuenta de que se pactó que dichas labores debían

realizarse de manera individual y, aun cuando se afirmó en ellos la posibilidad de autorizar a terceros para realizarlas, lo cierto es que en los convenios se estableció que el poder dispositivo del punto de venta siempre recaía en la recurrente.

Asimismo, los medios censurados 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 actora haya sido una verdadera independiente, como lo aduce la censura, 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.

Nótese, además, que las propuestas de vinculación, los contratos suscritos, las actas de inicio y terminación de los mismos, al igual que las de entrenamiento, capacitación y conocimiento, no permiten concluir categóricamente que la actora era autónoma, como lo aduce la censura; tampoco que aquella conocía que la relación era comercial, en tanto realizó la propuesta y estimó su meta de ventas, entre otros aspectos, pues así se plasmó en los convenios mercantiles.

*Al revisar dichos medios de convicción, la Sala advierte que los mismos corresponden a **formatos con manifestaciones preimpresas**, en los cuales la actora solo diligenciaba unos pocos espacios en blanco, de lo cual se infiere el poco margen de negociación de aquella en torno al acuerdo comercial y que su poder dispositivo solo se limitaba a adherirse a dichos convenios; más aún, cuando dadas las particularidades de la actividad regulada en comento corresponde a los concesionarios definir la mayoría de los aspectos en la operación de estas actividades.*

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

A su vez, estos medios de prueba evidencian las instrucciones o criterios que el operador de apuestas puso de presente a la actora para la ejecución de sus labores adicionales, de venta de lotería y recargas de celulares, que además eran de obligatorio cumplimiento, so pena de la suspensión o terminación del contrato.

Ahora, dadas las condiciones particulares de la accionante, quien la mayor parte de su vida se ha dedicado a la venta ambulante de chance, no podría aseverarse contundentemente que tenía el conocimiento pleno sobre tales acuerdos comerciales, así haya presentado una propuesta con detalles muy específicos, para lo cual se requiere experticia....” (Hasta aquí la cita)

Las anteriores valoraciones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia son aplicables casi en su integridad en el presente asunto y por eso se limitará esta providencia a reseñar como en los mismos términos allí usados, en el presente asunto de la señora MARIA AMANDA CARABALI, 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 actora haya sido una verdadera 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.

Surge entonces la necesidad por las mismas razones anteriores de dar aplicación al principio constitucional y legal de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales para declarar la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre las partes descartando los aparentes contratos comerciales que tuvo que suscribir la trabajadora para poder

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

integrarse al servicio de la sociedad demandada y derivar de su actividad las comisiones en que está representado su salario o simplemente concluir que no se desvirtuó la presunción de contrato de trabajo y por tanto de la subordinación que le es propia y que opera en favor de la demandante por la sola prestación de un servicio personal en favor de la demandada, y que por el contrario, se demostró la subordinación y por tanto era dable reconocer el pretendido contrato de trabajo. Por lo mismo deberá revocarse la sentencia de primer grado en todas sus partes y reconocer a la trabajadora demandante sus derechos laborales, condenando en costas de ambas instancias a la parte demandada al resultar vencida en el proceso. De conformidad con los arts. 365 y 366 del C.G. del P., una vez ejecutoriada la presente providencia se fijará el valor de las agencias en derecho causadas en esta segunda instancia, para lo cual la Secretaria de la Sala deberá pasar a despacho el presente asunto

Obran como prueba de los extremos laborales no solo las manifestaciones de algunos testigos sino la copia de los contratos celebrados con fecha 26 de febrero de 2016 y como fecha de terminación voluntaria por parte de la demandante la señalada en la demanda 8 de julio de 2018 y que tiene respaldo en el documento en el que al día siguiente se liquidan las comisiones a la trabajadora demandante que se titula "Resumen Agrupado" y que obra a folio 35 del archivo 01 del expediente digital cuyo valor probatorio no fue controvertido, señalando además la Sala, que si bien el hecho concreto de la demanda fue negado no se indica en la contestación que sea por las fechas sino por desconocer la calidad de contrato de trabajo que se afirma, (contestación a los hechos 21 y 22), de tal forma que demostrados los extremos laborales en esa forma, deberán liquidarse las prestaciones sociales de la demandante causadas durante la vigencia del contrato, las cuales consisten en vacaciones, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y el pago de la seguridad social en pensiones por ese lapso de tiempo a la AFP que indique la demandante o a la cual se encuentre afiliada conforme al

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

cálculo actuarial que para dichos efectos realice la respectiva entidad de seguridad social. No procede indemnización por despido injusto en tanto la demandante aceptó haber terminado el contrato, ni la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. 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. Las condenas se liquidan con base en el salario mínimo de cada año y no hay lugar al reconocimiento de dominicales ni festivos en tanto no se demostró en forma concreta en que días se prestó el servicio en esos días de descanso.

Así las cosas se reconocerá en favor de la demandante la suma total de \$5.590.333 conforme a la liquidación efectuada por el profesional universitario que presta su colaboración a la Sala, la cual se adjunta para que haga parte de la presente providencia y por los siguientes valores que deberán pagarse indexados hasta la fecha efectiva de pago en tanto han sido indexados hasta el 21 de septiembre de 2021 así:

Cesantía: \$ 2.176.175

Intereses a las cesantías: \$ 220.003

Vacaciones: \$ 990.285

Prima de servicios: \$2.203.871

En razón y 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,

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de fecha 28 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** adelantado por **MARÍA AMANDA CARABALI** contra **LA FORTUNA S.A.** y en su defecto declarar que entre la sociedad **LA FORTUNA S.A.** como empleadora y la trabajadora **MARIA AMANDA CARABALI** existió un contrato de trabajo bajo el principio de primacía de la realidad entre el 26 de febrero de 2016 y el 8 de julio de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad demandada a pagar a la trabajadora **MARIA AMANDA CARABALI** la suma total de \$5.590.333 correspondientes a los derechos sociales discriminados en la parte considerativa de esta providencia los cuales deberán ser pagados indexados hasta el día del pago efectivo de la obligación laboral.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad **LA FORTUNA S.A.** al pago de las cotizaciones a la seguridad social en pensiones de la trabajadora demandante por el lapso de tiempo de duración del contrato con base en el salario mínimo de cada año, a la AFP que indique la demandante o a la cual se encuentre afiliada conforme al cálculo actuarial que para dichos efectos realice la respectiva entidad de seguridad social.

CUARTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada al resultar vencida en el proceso. De conformidad con los arts. 365 y 366 del C.G. del P., una vez ejecutoriada la presente providencia se procederá a fijar el valor de las agencias en derecho causadas en esta segunda instancia, para lo cual la Secretaria de la Sala deberá pasar a despacho el presente asunto.

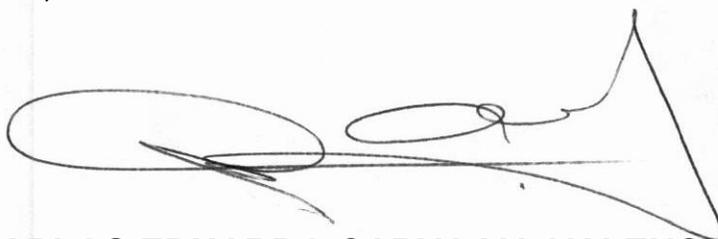
Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia

QUINTO: Anexar para que haga parte de la presente providencia la liquidación efectuada por el profesional universitario que presta su servicio a la Sala.

SEXTO: NOTIFICAR la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo e igualmente por edicto, que deberá permanecer fijado por un día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y de la SS.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA', written over a light gray rectangular background.

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES', written over a light gray rectangular background.

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES

Ordinario Laboral Rad: 20200007801
Demandante: María Amanda Carabalí
Demandado: La Fortuna S.A.
Apelación Sentencia



Handwritten signature of Luis Eduardo Angel Alfaro, consisting of stylized cursive letters and a small upward-pointing arrow on the right side.

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO