



SENTENCIA LABORAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Aprobada en Sala de la fecha

Quibdó, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DOCTORA LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA

RADICADO	27361-31-03-002-2018-00077-01
PROCESO	ORDINARIO LABORAL – CONSULTA
DEMANDANTE	MARLENIS MOSQUERA CAICEDO
DEMANDADOS	RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ISTMINA
DECISIÓN	CONFIRMA

I.- ASUNTO A DECIDIR

En obediencia a lo previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, levantada la suspensión de términos judiciales¹ y vencido el término de traslado para alegar, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, profiere sentencia escrita, mediante la cual se decide el grado jurisdiccional de **CONSULTA** de la sentencia No. 027 del 24 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Istmina, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARLENIS MOSQUERA CAICEDO** contra **RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE**.

II.- ANTECEDENTES

HECHOS. - El sustento fáctico de la demanda presentada el 23 de agosto de 2018, se resume así:

1. La señora MARLENIS MOSQUERA CAICEDO laboró en calidad de ASESORA DE VENTAS al servicio de la EMPRESA DE RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE S.A., desde el 1 de marzo del año 2000 hasta el 31 de julio de 2017 y ejerció durante este tiempo las labores en el Municipio de Istmina-Chocó.
2. La actora debía cumplir con un riguroso horario de trabajo de 7:00 am a 3:00 pm y de 3:00 pm a 9:45 pm, de lunes a sábados; los domingos y festivos de 8:00 am a 5:00 pm.
3. Debía permanecer en el puesto de trabajo y si se ausentaba por cuestiones de enfermedad la empresa no corría con los gastos médicos.
4. La demandante recibía una retribución cada 15 días de \$600.000, sea decir \$1.200.000 por mes, pero dicho dinero podía variar.

¹ Dispuesta desde el 16 de marzo de 2020 y levantada a partir del 1° de julio de 2020, por virtud de la Emergencia Nacional decretada por la Pandemia ocasionada por el COVID19. Acuerdo PSCJA20-11567. Artículo 1.



5. Además de las labores que le fueron encomendadas inicialmente, se le asignó la venta de lotería, aunque nunca estuvo de acuerdo con estas, porque si no se vendían eran descontadas de su salario.
6. La demandante recibía órdenes directas de parte de sus superiores y jefes inmediatos de la ciudad de Istmina, señora LILIANA IBARRA MORENO y el director del departamento del Chocó, señor JORGE ENRIQUE MARTÍNEZ, personas enviadas de la ciudad de Quibdó a dirigir a Istmina.

2

PRETENSIONES.- La accionante pretende que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Declárese que entre la señora MARLENIS MOSQUERA CAICEDO identificada con cedula de ciudadanía número 35.695.924 de Istmina Chocó, en calidad de empleada y la EMPRESA DE SERVICIOS RED DE OCCIDENTE S.A., en calidad de empleador, existió un contrato de trabajo realidad e indefinido, donde se impartía por parte de sus superior órdenes y cumplimiento de horario de trabajo a su gestión en dicha empresa.
2. Declárese para todos los efectos que el promedio salarial catorcenal devengado por la poderdante era la suma de \$600.000.
3. Declárese que la EMPRESA RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE S.A., identificada con el NIT 90009827-1, entidad de orden privado con domicilio principal en la ciudad de Quibdó – Chocó, representado legalmente por el señor JAIME FERNANDEZ NARANJO, o quien haga sus veces, es la directamente responsable del pago de las acreencias laborales adeudadas a la poderdante, bien como empleadores y/o como intermediarios de las labores desplegadas por la empresa.

PRETENSIONES CONDENATORIAS.

1. Se condene a la EMPRESA RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE S.A a reconocer y pagar a la demandante las cesantías por todo el periodo laborado, desde el 1 de marzo del año 2014 hasta el día 31 de junio de 2017, por la suma de \$7.501.666.
2. Se condene a la EMPRESA RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE S.A a reconocer y pagar a la demandante intereses a las cesantías por todo el periodo laborado, desde el 1 de marzo del año 2014 hasta el día 31 de junio de 2017, por la suma de \$864.000.
3. Se condene a la EMPRESA RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE S.A a reconocer y pagar a la demandante la prima de servicios por todo el periodo laborado, desde el 1 de marzo del año 2014 hasta el día 31 de junio de 2017, por la suma de \$7.501.666.



4. Se condene a la EMPRESA RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE S.A a reconocer y pagar a la demandante las vacaciones por todo el periodo laborado, desde el 1 de marzo del año 2014 hasta el día 31 de junio de 2017, por la suma de \$1.200.000.
5. Aportes a la seguridad social por el tiempo entre el 1 de marzo del año 2014 hasta el día 31 de junio de 2017, los cuales serán dirigidos a la EPS.
6. Se condene a la EMPRESA RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE S.A a reconocer y pagar a la demandante la indemnización por despido injusto la suma de \$7.134.444.
7. Indexación en aquellos casos que no sea excluyente con la indemnización moratoria.
8. Se condene a la EMPRESA RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE S.A a reconocer y pagar a la demandante el salario insoluto por la suma de \$7.134.444.
9. Despido indirecto.
10. A lo que ultra o extrapetita se demuestre en el proceso.
11. Costas del proceso.

ACTUACIÓN PROCESAL.- Mediante auto interlocutorio No. 549 del 2 de octubre de 2018², fue admitida la demanda y como consta a folio 52 fue notificada; el 5 de agosto de 2019³ se tuvo por contestada, el 22 de agosto de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial⁴ y el 24 de septiembre de 2019 se celebró la audiencia de que trata el artículo 80 del Código de Procedimiento Laboral.

PRONUNCIAMIENTO DE LA DEMANDADA RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE. - Indicó que los hechos no son ciertos; se opuso a todas las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES O FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, FALTA DE FUNDAMENTACIÓN DE HECHO Y DERECHO, CARENCIA O AUSENCIA DE CAUSA, FALTA DE OBJETO Y CAUSA EN LAS PRETENSIONES, PAGO, BUENA FE DE LA DEMANDADA, MALA FE DE LA DEMANDADA, PRESCRIPCIÓN y LA INNOMINADA.

ACERVO PROBATORIO. - PARTE DEMANDANTE.- Documentales obrantes a folios 15 al 37 del expediente; se solicitaron los testimonios de EDWIN HINESTROZA, YOVEISY MOSQUERA, KELLY YOHANA HURTADO.

² Folio 28

⁴ Ver folio 138



PARTE DEMANDADA.- Documentales visibles a folios 42 a 131 del expediente; se solicitaron los testimonios de LILIANA IBARRA MORENO, JORGE MARTÍNEZ, CARMEN LUZ FIGUEROA, ROSALBA CASTAÑO DUQUE.

III.- PROVIDENCIA MATERIA DE CONSULTA

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Istmina, en sentencia No. 027 del 24 de septiembre de 2019, NEGÓ las pretensiones de la demandada.

Considero el *a-quo* que analizada con rigurosidad la prueba testimonial de la parte demandada, encontró que los testigos eran personas que en la actualidad tenían un vínculo con la demandante y expusieron que laboraban sin supervisión directa de la empresa, sin existencia de un puesto fijo impuesto por el empleador y el cumplimiento un horario específico. Argumentos que son una muestra clara que la actividad era desempeñada de manera independiente; y que si bien el empleador suministraba a la máquina para la ejecución de las actividades, la dependencia o subordinación era la que determinaba el vínculo, lo que permite inferir que era necesario que cumpliera con esta actividad de manera personal y ello no ocurrió.

IV.- TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el grado jurisdiccional de consulta y levantada la suspensión de términos dispuesta con ocasión de la pandemia generada por el covid19, el 13 de agosto de este año se ordenó el traslado a que alude el artículo 15 del decreto 806 de 2020; vencido el mismo, sin alegaciones de las partes, pasó a despacho para sentencia.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA.- Esta Sala es competente para decidir el grado jurisdiccional de **CONSULTA**⁵ de conformidad con lo establecido en el artículo 15, literal B, numeral 3 del C.P.L y de la S.S, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

PROBLEMA JURÍDICO. - Radica en determinar si fue acertada la sentencia de primera instancia en cuanto negó las pretensiones de la demanda al acreditarse que la labor de la actora se desarrolló en forma independiente, o si por el contrario, están demostrados los elementos que estructuran el contrato laboral.

PREMISA NORMATIVA y JURISPRUDENCIAL

⁵Grado jurisdiccional que otorga competencia para revisar íntegramente el fallo. Sentencia C- 958 de 2003, **CSJ-SLT** 4255-2013, 10250-2015 Y AL 4088-2014: "De manera que en este asunto el grado jurisdiccional de consulta debe operar por ministerio de la ley. Por tanto, la sentencia no cobra ejecutoria hasta tanto se surta dicho grado, pues conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, solo «serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren desfavorables a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante», siendo esta última hipótesis la aplicable al caso en estudio."



CONTRATO DE TRABAJO.- A la luz de los artículos 22, 23 y 24 del CST, para que haya contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos esenciales:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.
- b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.
- c) El pago de un salario como retribución del servicio.

Atendiendo al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 de la CP, legal y jurisprudencialmente se ha considerado que en toda relación en la que se presentan dos de los requisitos esenciales consagrados en el artículo 24 CST, es decir la prestación personal del servicio y la remuneración, se genera la presunción legal de existencia de contrato de trabajo.

Así lo ha precisado la Corte Constitucional en sentencia C-665 de 1998 y en la T-694 de 2010, en la que siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisó que *si el trabajador lograba probar de modo aceptable la prestación de su servicio de manera personal al empleador, debía presumirse que la relación tenía todos los demás elementos de un contrato de trabajo, entre los cuales se encontraba la subordinación jurídica*⁶. Esa presunción no era de derecho y, por lo tanto, podía ser desvirtuada. Presunción que sólo se debía entender derruida con ciertas especies de medios probatorios, carga que le correspondía al empleador.

CARGA DE LA PRUEBA.- Es la labor que compete en principio a la parte actora, quien es la que pretende la demostración de la relación laboral, para efectos de obtener una sentencia favorable. Como se analizó en precedencia y lo ha decantado la jurisprudencia, al actor le corresponde acreditar la prestación del servicio y que percibió una remuneración para que se active la presunción que consagra el artículo 24 del CST., debiendo tenerse presente que la permanencia es uno de los requisitos necesarios, para desentrañar la apariencia del contrato de prestación de servicios a una verdadera relación laboral, en garantía del principio constitucional previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral. Activada la presunción, le corresponde al empleador desvirtuarla, probando que no existió subordinación en la relación contractual.

⁶ como precedentes de presunción de subordinación están las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 2 de agosto de 2004 con radicado 22259; 17 de mayo de 2004, radicado. 22357, 19 de octubre de 2006, radicado 27371 y 7 de julio de 2010, radicado 36897.



A su vez, la CSJ SCL, en SL577 de 2020 Rad. 68636, indicó:

*“En lo que tiene que ver con la acusación dirigida por la senda jurídica, encuentra la Sala que el sentenciador sí analizó lo dispuesto en los arts. 23 y 24 del CST, al expresar que la carga de la prueba se distribuía entre el trabajador y el empleador: **el primero debía demostrar la prestación personal del servicio para que se activara en su favor la presunción legal que establece el art. 24 ibídem** y, al segundo, le concernía desvirtuar el elemento de la subordinación a través de los medios de prueba legalmente válidos.*

Las anteriores conclusiones se encuentran acorde con jurisprudencia de esta Corporación, que ha enseñado que para los fines protectores que rodean el derecho del trabajo, el art. 24 del CST dispone que al trabajador solo le basta demostrar la ejecución personal de un servicio, para que se configure la presunción de la existencia de un vínculo laboral; como contrapartida, el empleador deberá desvirtuar el hecho presumido a partir de elementos de convicción que avalen que el servicio «presumido» se ejecutó bajo una relación jurídica autónoma e independiente. (Subrayas y negrillas de la Sala)

SOBRE LA FORMACIÓN DEL LIBRE CONVENCIMIENTO, La CSJ SCL, en sentencia SL597 de 2020. Rad. 73311, anotó:

*“Igualmente, según lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, **el juez colegiado puede apreciar libremente los diferentes elementos de juicio, sin que esa circunstancia, por sí sola, tenga la virtud de constituir un yerro fáctico evidente capaz de derrocar la decisión.** En efecto, la formación del libre convencimiento aunada al principio de la sana crítica, implica que **el juez debe fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad, y le permiten hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables.**”*

COLOCADORES DE APUESTAS PERMANENTES.- Sobre el tipo de vinculación de los colocadores de apuestas permanentes, el artículo 13 de la Ley 50 de 1990, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. Adicionase al Capítulo II del Título III Parte Primera del Código Sustantivo del Trabajo el siguiente artículo:

Colocadores de apuestas permanentes. Los colocadores de apuestas permanentes, al igual que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, podrán tener el carácter de dependientes o independientes. Son colocadores de apuestas permanentes dependientes los que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria. Son colocadores de apuestas permanentes independientes las personas que por sus propios medios se dediquen a la promoción o colocación de apuestas permanentes, sin dependencia de una empresa concesionaria, en virtud de un contrato mercantil. En este evento no se podrán pactar cláusulas de exclusividad.”

Por su parte el artículo 2 del Decreto 1350 de 2003 dispuso lo siguiente:

Artículo 2º. Definiciones. Para efectos del presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:
(...)

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. (...)



ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. – Pretende la demandante señora MARLENIS MOSQUERA CAICEDO que se reconozca la existencia de una relación laboral con la EMPRESA RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE y como consecuencia de ello, el pago de las prestaciones sociales que según su dicho no le fueron canceladas mientras esta se mantuvo; pretensiones que fueron despachadas desfavorablemente por la primera instancia al considerar que existió una relación laboral pero no fue bajo subordinación o dependencia.

7

Examinado el acervo probatorio, se avizora lo siguiente:

1.- Está acreditado que la actora prestó sus servicios como asesora de ventas en la empresa RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE, en el municipio de Istmina.

2.- Las pruebas recaudadas indican que la labor cumplida por la demandante se desarrolló en forma independiente. Así se infiere del dicho de las señoras Carmen Luz Figueroa Perea y Rosalba de Jesús Castaño de Duque, quienes desempeñaban la misma actividad que la actora y en su testimonio manifestaron:

CARMEN LUZ FIGUEROA PEREA.- Afirmó que conoció a Marlenis, que eran vendedoras de chance, vendedoras ambulantes, **“es decir que nosotras somos vendedoras independientes, nosotras a la hora que queremos vendemos chance, anteriormente vendíamos con talonario ahora vendimos con máquina o sea que somos maquiniteras.”**. Agregó con respecto a la señora Marlenis: **nosotras siempre vendimos así, en la calle, después fue que ella se buscó un puestico, cómo somos vendedoras independientes, no nos buscaron puesto, a la hora que quedamos podemos ir que yo sepa pues.** También anotó que ella sacaba su porcentaje diario y así se le pagaba también a Marlenis, que no tenían horario, que no ha recibido órdenes

ROSALBA DE JESÚS CASTAÑO DE DUQUE, Asesora comercial de SERVICIOS DE OCCIDENTE como independiente, quien conoce a la señora Marlenis más o menos desde el año 2004, expresó que eran ambulantes y si le daban una caseta, podían quedarse en el puesto o ir a caminar y que siempre la veía a ella con su maquinita, que el porcentaje se sacaba diario aunque no sabía si Marlenis lo acumulaba a 15 días, que no les imponen horarios, que el día que trabajaban cogía plata y el día que no trabajaban, no cogían plata.

3.- También se recepcionó el testimonio de **Liliana Ibarra Moreno**, Jefe de zona del San Juan de la empresa demandada, señaló que llegó a Istmina en el 2015, donde conoció a la demandante como vendedora móvil *con máquina, no cumplía ningún horario, al desempeñar las funciones de asesoría comercial, labor que genera una comisión por las ventas sin ningún tipo de horario estipulado, ni contratación fija que le obligara ejercer dichas funciones. Aseveró: Yo llegué y la encuentro vendiendo con un contrato de colocación independiente, donde ellos por medio de su venta se les paga una comisión. **Ella no ejercía un horario fijo y de hecho ninguno de los maquiniteros tiene un horario fijo como tal, pueden mandar un día sí o un día no, ellos mismos son los que se colocan el horario dependiendo el presupuesto que quieran sacar por sus comisiones.***



4.- En síntesis, de las probanzas aludidas se colige lo siguiente:

- Que la señora MARLENIS MOSQUERA CAICEDO trabajó para la empresa RED DE SERVICIOS DE OCCIDENTE tal y como lo indica la actora.
- Que recibía una contraprestación por la labor prestada, y que la misma era por comisión, de acuerdo a las ventas que efectuadas, lo que guarda correspondencia con la prueba documental que reposa a folios 117 a 122 y 125, sea decir con las constancias de pagos de comisiones que hizo la entidad demandada a la accionante por cuenta de la labor cumplida.
- Que no tenían un coordinador, ni supervisión permanente por parte de algún funcionario de la empresa accionada, que no cumplían horarios y que eran libres de escoger las horas de trabajo.

8

5.-La prueba testimonial referida en precedencia, por su claridad, expresividad y espontaneidad, sin que se advierta algún grado de malicia o contradicción, resulta creíble y permite colegir que si bien la actora desarrolló su actividad como vendedora de chance, lo hizo en forma independiente, por lo tanto, su vinculación se enmarca en la de colocadora de apuestas permanentes de carácter independiente. En este orden de ideas, fue acertada la sentencia de primera instancia.

CONCLUSIÓN. – Conforme a las consideraciones anotadas, colige la Sala que la sentencia objeto de consulta, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, fue acertada, motivo por el cual se le impartirá confirmación.

VI.- EL FALLO DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE QUIBDÓ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

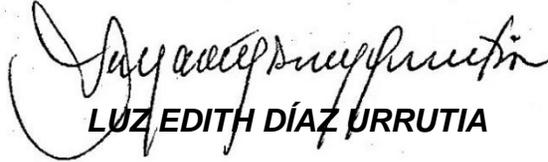
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia No. 027 emitida el 24 de septiembre de 2019, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Istmina, conforme a las razones plasmadas en la parte motiva.



SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia. Fenecida la misma, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados⁷,


LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA


DIEGO JUAN JIMÉNEZ QUICENO


JHON ROGER LÓPEZ GARTNER

⁷ Firma escaneada Decreto 491 de 2020, artículo 11. Acuerdo PCSJA20-11517 Y OTROS Y PCSJA20-11567, mediante los cuales el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, por haberse visto afectado el país con casos de la enfermedad denominada COVID-19, catalogada por la Organización Mundial de la salud como una Pandemia, emergencia de salud pública de impacto mundial, entre ellas el trabajo en casa y el uso de herramientas tecnológicas de apoyo.