



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 16-2015-00219-01

Bogotá D.C., octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: ALBA RUTH RIAÑOS GUZMÁN
DEMANDADO: CORPORACION CLUB EL NOGAL
ASUNTO : APELACION PARTE DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá el día 1° de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 398 a 457), así como de El Club El Nogal (folio 410 a 413) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ALBA RUTH RIAÑOS GUZMÁN** instauró demanda ordinaria laboral contra de **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos, así como en la demanda acumulada (fl. 31):

- 1) Declarar mediante sentencia judicial que entre las partes medió una relación laboral desde el 10 de octubre de 2010 al 30 de octubre de 2013.
- 2) Condenar a la sociedad demandada al pago de las **primas de servicio** generadas durante el periodo de tiempo laborado, a saber por \$9.166.000.
- 3) Condenar a la empresa demandada al pago de las **vacaciones** generadas por el periodo de tiempo laborado, a saber por \$4.583.000.
- 4) Condenar a la empresa demandada al pago de las **cesantías** generadas por el periodo de tiempo laborado, a saber por \$6.166.000.
- 5) Condenar a la empresa demandada al pago de los **intereses de las cesantías** por el periodo de tiempo laborado, a saber por \$987.777.

- 6) Que el demandado debe pagar a título de **sanción moratoria** un día de salario por cada día que se tarde en realizar el pago de los salarios y prestaciones adeudadas, los que se contarán a partir de la fecha de terminación del contrato y hasta por los siguientes 24 meses que siguen (Art. 65 CST).
- 7) Condenar al demandado a pagar la **sanción moratoria** a que se refiere el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ante el hecho de no haber consignado las cesantías de la demandante ante un fondo destinado para ése propósito.
- 8) Costas procesales.

La **COPORACION CLUB EL NOGAL** contestó la demanda (fls. 55 a 91) de acuerdo al auto visible a folio 113. Se opuso a las pretensiones de la demandante, proponiendo excepciones de mérito.

En escrito presentado el 27 de mayo de 2017, la señora **ALBA RUTH RIAÑOS GUZMÁN** presentó reforma de la demanda ordinaria laboral contra de **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 99):

- 1) Declarar mediante sentencia judicial que entre las partes medió una relación laboral desde el 21 de octubre de 2010 al 29 de octubre de 2013.
- 2) Condenar a la sociedad demandada al pago de las **primas de servicio** generadas desde el 21 de octubre de 2010 al 29 de octubre de 2013, a saber por \$9.166.000.
- 3) Condenar a la empresa demandada al pago de las **vacaciones** generadas desde el 21 de octubre de 2010 al 29 de octubre de 2013, a saber por \$4.583.000.
- 4) Condenar a la empresa demandada al pago de las **cesantías** generadas desde el 21 de octubre de 2010 al 29 de octubre de 2013, a saber por \$6.166.000.
- 5) Condenar a la empresa demandada al pago de los **intereses de las cesantías** desde el 21 de octubre de 2010 al 29 de octubre de 2013, a saber por \$987.777.
- 6) Que el demandado debe pagar a título de **sanción moratoria** un día de salario por cada día que se tarde en realizar el pago de los salarios y prestaciones adeudadas, los que se contarán a partir de la fecha de terminación del contrato y hasta por los siguientes 24 meses que siguen (Art. 65 CST).
- 7) Condenar al demandado a pagar la **sanción moratoria** a que se refiere el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ante el hecho de no haber consignado las cesantías de la demandante ante un fondo destinado para ése propósito.
- 8) Costas procesales.

La **COPORACION CLUB EL NOGAL** contestó la reforma de la demanda (fls. 211 a 323) de acuerdo al auto visible a folio 327. Se opuso a las pretensiones de la demandante, proponiendo excepciones de mérito.

Mediante auto del 25 de septiembre de 2018 (fl. 361) se **decretó la acumulación** del proceso No. 39-2016-652 al presente proceso No. 16-2015-219.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 16° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 1 de agosto de 2019. **DECLARÓ** que existió un contrato de trabajo a término indefinido que rigió desde el 21 de octubre de 2010 hasta el 23 de octubre de 2014, en el cual fungió como trabajadora la demandante, la señora ALBA RUTH RIAÑOS GUZMÁN, y en calidad de empleadora la demandada COPORACIÓN CLUB EL NOGAL. **CONDENÓ** a la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL a pagar a la demandante los siguientes valores adeudados por prestaciones sociales y acreencias laborales:

- a. Por auxilio de cesantías el monto de \$7.540.161.
- b. Por intereses a las cesantías y sanción por falta de pago de los mismos \$798.540.
- c. Por prima de servicios, el monto de \$3.840.048.
- d. Por vacaciones, el valor de \$2.093.546.
- e. Por indemnización moratoria del artículo 65 del CST, el valor de \$51.533.448 que corresponde a la sanción por los primeros 24 meses de mora hasta el 23 de octubre de 2016, y se condena a la demandada a pagarle a la demandante a partir del mes 25, es decir, 23 de octubre de 2016 como sanción moratoria los intereses moratorios de que trata el artículo 65 del CST sobre los valores por prestaciones sociales condenados en esta sentencia.
- f. Por sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por falta de consignación del auxilio de cesantías del año 2012, condena el monto de \$13.967.221 y por la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías del año 2013, la condena al monto de \$17.297.537.

DECLARÓ PROBADA en forma parcial a excepción de prescripción en los términos considerados en la parte motiva de esta providencia y se **DECLARA NO PROBADA** las demás excepciones alegadas por la demandada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada Club el Nogal presentó recurso de apelación:

VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se nieguen las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que si bien las tachas que fueron interpuestas por ambas partes no son procedentes, la valoración que hace el Juez de instancia de las declaraciones rendidas por los testigos aportados por la parte demandada, esto es, los de las señora Jenny Tafur, Gloria González, Ángela López y Vilma Sierra, así como el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la sociedad demandada fueron contestes al responder, sin embargo, los testigos recibidos de la parte actora fueron contradictorios, incluso con la declaración de la demandante, y las testigos Pilar Deaza y María Celis, cuyo apellido inclusive fue cambiado por el Juez de instancia.

Sin embargo, el Juez de instancia señala que no se aportaron pruebas documentales, tales como el contrato de concesión que efectivamente unió a las partes, sin embargo el Juez de instancia no tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte de la misma demandante confesó que había suscrito con el Club el Nogal sendos contratos de concesión, luego, el simple hecho de que el contrato de concesión no repose dentro del expediente, atendiendo a que se trata de un documento que data del año 2010 – 2011, no desvirtúa el hecho que efectivamente para dicha época se haya suscrito, pues así fue aceptado por la misma demandante.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL: Por otro lado, señala que si bien el Juez de instancia indicó que no se había logrado desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24, lo cierto es que se aparta del argumento expuesto por el Juez de instancia, toda vez que la demandante manifestó en su interrogatorio de parte que tenía la posibilidad de enviar un tercero para la ejecución de los contratos de concesión, aun cuando quedaron por no hacer uso de dicha facultad, que incluso está pactada en el contrato de concesión, con lo que lleva en primer lugar a desvirtuar que se tratase de un contrato donde la prestación fuese personal, dado que la concesionaria tenía la facultad de designar a un tercero, incluso ajeno a la corporación, que tuviese disponibilidad diferente para cubrir la agenda que se le haya sido asignada, por lo que, aun cuando la demandante no hizo uso de esa facultad, no quiere decir que no exista, precisando que dicha actividad no estaba bajo actos de subordinación, por lo que a diferencia de un contrato de trabajo, a otro tipo de contrato, sea civil o comercial, si no se presenta el elemento de subordinación y prestación personal en la relación que ató a las partes, desvirtúa la presunción del artículo 24, pues tan es así que, la misma demandante tenía la libertad de cancelar las citas de su agenda, sin embargo, no lo realizó la demandante, a pesar de poder hacerlo, por lo que no es procedente que se le impute al Club el Nogal actos de subordinación, pues tampoco se imponía horarios, pues resalta que la demandante tenía la libertad de escoger el horario para cumplir con las citas, sin restricción alguna, inclusive al darse cuenta que el horario que había escogido, de 3 días en la mañana y 3 días en la tarde no le servía, notificó a la demandada para el cambio de su disponibilidad, de tal forma, que solo pudiera ejecutarlo en lo que se tenía preestablecido, como un turno en horas de la tarde, turno que *per se*, no es un acto de subordinación, pues es perfectamente válido en esta clase de contratos (civiles o comerciales) la coordinación de las tareas para garantizar orden y logística en la ejecución de dichos contratos, luego si la Corporación Club El Nogal tiene una sala destinada a un salón de belleza, el mismo únicamente está abierto de 7:00 AM a 8:00 PM, por lo que es la concesionaria que debe decidir dentro de éste horario las horas que puede estar disponible para agendar sus citas, luego, se trata de un acto de coordinación, en el que atendiendo al espacio limitado que se tiene, trayendo a colación las sentencias SL 11661 del 5 de agosto de 2005, SL 3909 de 2008 Rad. 57350, y entre otras, las SL 11661 de 2015, SL 843 de 2004, SL 14481 de 2014 Rad. 20770, en el que destaca el máximo Tribunal que el cumplimiento de horario no es una prueba de subordinación, así como tampoco el hecho de estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social Integral o a una Caja de Compensación, dado que hoy en día, no es un

elemento exclusivo de las relaciones contractuales laborales subordinadas, máxime si se tiene en cuenta que el pago a Seguridad Social no se hace directamente por parte de la Corporación Club El Nogal, sino que por el contrario, la afiliación se hace por la misma demandante a título personal, en calidad de contratista independiente, y los pagos a seguridad social se realizan con ocasión al mandato que se pacta en el contrato de concesión con la demandante, más aún si se tiene en cuenta que la demandante otorga la facultad a la sociedad demandada, para que en su calidad de concedente, realice los pagos, haciendo uso además de una figura legal, como es el pago de la planilla, en la que está establecido claramente que el contratante, en el marco de una relación civil o comercial, puede realizar el pago de aportes a seguridad social de la aquí demandante, siempre y cuando la vigencia del contrato sea superior a un mes, por lo que está plenamente probado que la demandante suscribió dos contratos de concesión con la demandada, que superaron el mes, luego es claro que, el Club El Nogal, en calidad de concedente, estaba plenamente facultado para realizar el pago de dichos aportes de Seguridad Social, atendiendo a la autorización que había sido concedida por la demandante.

ELEMENTOS DE SUBORDINACIÓN: Señala el Juzgado que era la demandada quien suministraba elementos y utensilios, de propiedad de la convocada a juicio, sin embargo, la misma demandante en su interrogatorio de parte, confesó que efectivamente las herramientas de trabajo eran de su propiedad, esto es, que ella misma las suministraba, cosa diferente es cuando se refiere a los insumos que implican el manejo de químicos y material que requiere una trazabilidad, en cuya oportunidad lo que hacía la demandada era fungir como un mero intermediario, toda vez que contactaba con la respectiva casa de belleza que suministran dichos implementos, como por ejemplo, esmaltes, y esta clase de cosas que permitían prestar su servicio como manicurista, luego estos insumos, inclusive eran asumidos con el dinero de la misma demandante, por lo que no puede afirmarse que los elementos y utensilios eran propios de la demandada.

Ahora bien, señala que si a lo que se refiere el Juez de instancia es al mobiliario que suministraba la demandada, en efecto suministraba un espacio, como lo es la sala de belleza para ejecutar o explotar su servicio de manicurista y prestar el servicio que es requerido, no por el Club el Nogal, sino por sus socios o invitados al Club que realizaran el requerimiento del servicio, por lo que tampoco es cierto que la supervisora de la sala de belleza hubiese ejercido actos de subordinación respecto de la demandante, dado que las concesionarias tenían a su cargo la agenda de las citas, por lo que la misma demandante, en su interrogatorio de parte, señala que las supervisoras se encargaban de coordinar y supervisar, diferente a subordinar, y recibían llamadas para agendar las citas que van en un sistema, y la demandante tenía acceso al sistema, sin que se tratara de una instrucción directa de la supervisora.

Ahora, si bien el Juzgado señala que era El Nogal quien efectuaba el cobro de los servicios ejecutados por la actora, omite también tener en cuenta que tanto la demandante, como los testigos, señalaron que llevaban una Valera, con la cual se realizaba la facturación, siendo ella misma la que reportaba a la supervisora de la sala de belleza el servicio prestado, y la supervisora era

quien facturaba atendiendo la dinámica del Club demandado, porque los socios no pagan con dinero en efectivo, sino que, realizan sus transacciones a través de una tarjeta de acción, por lo que el Club El Nogal accedió a realizar la facturación frente al socio, sin embargo, el dinero no proviene del Club demandado, sino que por el contrario, el socio es quien paga el servicio, y el Club El Nogal recibe dicho dinero, y conforme la facturación realizada por la supervisora, se le cancela a la manicurista.

Por otro lado, no se valora en ningún momento que las concesionarias eran completamente autónomas, pues las supervisoras emiten directrices, dentro del marco que ofrece el club demandado, ya sea de horario y de disponibilidad de sus socios para solicitar citas a las concesionarias, resaltando que en el evento en que tenía que registrar el ingreso al club, se hace con cualquier persona que pretenda ingresar, para asegurar la seguridad del club, y eso debe hacerlo cualquier persona, sin importar la calidad en que lo haga y si se analiza el formulario que se diligencia al ingresar, se evidencia que el mismo no permite llevar un control de ingresos y salidas, en cumplimiento de un horario, por lo que se reitera que no se ejercía ningún tipo de control de horario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS: En lo que tiene que ver con las supuestas sanciones disciplinarias a las que hace referencia la parte actora, en ninguna parte, ni siquiera en el interrogatorio de parte, ni los testigos, fueron capaces de concretar un hecho puntual, inclusive la demandante, en su interrogatorio manifestó que a su juicio, la sanción más grave que le habían impuesto en ejecución de dichos contratos de concesión derivaba de una circunstancia en que una socia había presentado una PQR y el supervisor del contrato la llamó, y le corrió traslado de la queja, y le solicitó que lo mejor era que pidiese excusas, sin que pueda entenderse dicha actuación como una sanción disciplinaria.

Ahora, respecto del control de ingresos y salidas, se evidencia con la prueba aportada al plenario que la demandante ingresó el 27 de julio de 2011 a las 10:00 AM y salió a la 1:00 PM, nuevamente se registra una nueva actuación de ingreso el 7 de agosto de 2011 a la 8:00 AM, y salió a las 5:00 PM o el 7 de octubre de 2011 ingresó a las 9:10 AM y salió a la 1:20 PM, luego esto permitiría evidenciar que no se llevó el control estricto de un horario, pues de ser así, este tipo de irregularidades generarían consecuencias disciplinarias.

CONTRATO DE CONCESIÓN: Señala que si bien el Juzgado "desvirtúa" la existencia del contrato de concesión, en atención que el mismo solo tiene validez en relaciones contractuales entre entidades estatales, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia en sentencia Rad. 2361 del 17 de mayo de 2001, ha reconocido que la concesión es una modalidad de contrato atípico en la legislación laboral que corresponde a una forma de comercialización de bienes y servicios, en el que el concesionario actúa a nombre y cuenta propia, y el lucro se deriva entre el precio de la compra al fabricante o distribuidor concedente y el precio de reventa del consumidor, luego, lo que se evidencia es que el contrato de concesión, en los términos que se celebra es totalmente válido porque la concesionaria prestaba sus servicios de manicurista dentro del marco de la concesión, de forma autónoma e independiente, dado que no se le impartían órdenes de forma directa por parte de alguna de las

personas del Club El Nogal, sino que además su remuneración se derivaba de la diferencia de lo que ella pagaba como concesión, y lo que facturaba, cumpliéndose con los requisitos del contrato de concesión, pues el socio pedía exclusivamente agendar una cita en este caso con la demandante, no pedía una cita con la Corporación El Nogal, en tanto que la demandante podía no asistir el día, pidiendo que se bloqueara la agenda, sin que tuviera repercusión alguna, pues como se indicó anteriormente, tenía autonomía en la ejecución del contrato de concesión.

CONDENAS IMPUESTAS EN PRIMERA INSTANCIA: Solicita que en el evento en que se confirme la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, se revise la totalidad de las condenas impuestas por el Juez de primera instancia, por cuanto no individualiza los días laborados con el fin de obtener las diferentes acreencias laborales.

BUENA FE: Indica que no es cierto que no se hubiese acreditado actuaciones que conlleven a demostrar la buena fe por parte del club demandado, pues por el contrario, lo que se denota y a la conclusión a la cual se puede llegar es que la demandante tenía plena autonomía en su actuar, y a lo único que estaba sujeta, era a los requerimientos de bioseguridad que no son impuestos de forma unilateral, sino que son requerimientos exigidos por la Secretaría de Salud, y en ese sentido es claro que con el club demandado estaba bajo el consentimiento que los actos ejercido por las partes estaban bajo un contrato de concesión, por lo que señala que no podrán condenarse de modo alguno, la imposición de la condena moratoria de que trata el artículo 65 del CST o el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y en tal medida, deberá regular lo correspondiente a las costas y agencias en derecho.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si de conformidad con el material probatorio recaudado dentro del plenario, existió entre la señora ALBA RUTH RIAÑO GUZMÁN y la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL, una relación laboral, con vigencia desde el 21 de octubre de 2010 al 23 de octubre de 2014, o si por el contrario, como lo afirma la parte demandada, la relación estuvo sujeta mediante un contrato de concesión. **2.** En caso afirmativo, si proceden las condenas impuestas en primera instancia. **3.** Si el Club demandado actuó con buena fe.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

Así las cosas, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió

una relación laboral en los términos indicados en la demanda, conforme lo concluyera el juzgador de primer grado.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real” en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal” o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, la demandante alega que prestó sus servicios para el Club accionado en una relación laboral desde el 21 de octubre de 2010 al 23 de octubre de 2014.

La sociedad demandada por su parte, niega la existencia de la relación laboral en los términos planteados en la demanda, indicando que de conformidad con las pruebas testimoniales y documentales que reposan dentro del plenario, las partes suscribieron un contrato de concesión, el cual tenía por objeto la explotación de los servicios de manicurista y actividades relacionadas, las cuales se desarrollaban bajo la propia cuenta y riesgo de la demandante, actividades que la actora desarrolló con plena autonómica, técnica y administrativa, sin que por tanto la actora tuviera que cumplir un horario de trabajo, conforme se observa del registro de ingreso y salida de la sociedad demandada, así como existió una subordinación respecto de la demandante, pues la función de la supervisora se limitaba a coordinar la agenda de la demandante, y por último, por cuanto nunca proporcionó elementos para el ejercicio de sus funciones, resaltando que se facturaba cada servicio prestado por la demandante, para que el socio que disfrutó del manicure, cancelara la factura generada, concluyendo que el dinero que recibía la demandante no provenía del Club El Nogal, sino que por el contrario, proviene de los socios que disfrutaban el servicio.

Así las cosas, la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que, quien invoca la condición de trabajador, debe además de afirmarlo, acreditar la prestación personal del servicio y sólo entonces se presume el contrato de trabajo, como lo predica el artículo 24 del C.S.T. Bien sabido es, que a quien invoca la condición de trabajador no le basta con afirmar que el contrato de trabajo se estructuró, sino que debe acreditar la prestación personal del servicio para que en aplicación del artículo 24 del CSTSS se presuma el contrato de trabajo y en ese orden de ideas, queda en cabeza de la parte demandada la carga de desvirtuar la existencia de subordinación y entonces, demostrar la existencia de un contrato con características diferentes a uno de trabajo, , precisando que la parte demandada señala que el elemento de subordinación no se encuentra acreditado dentro del presente asunto.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, la demandante allegó al plenario planilla de aportes en línea, en el que se certifica que el Club El Nogal le realizaba pagos a seguridad social a favor de la demandante para los periodos de noviembre de 2010 a agosto de 2012 (fls. 2 a 20), abril de 2013 (fl. 21), junio de 2013 (fl. 22), agosto a octubre de 2013 (fl. 23 a 25).

Por otro lado, la sociedad demandada aportó contrato de concesión entre la Corporación Club El Nogal y la señora Alba Ruth Riaño Guzmán, con vigencia de un año, conforme cláusula décima del documento, esto es, desde el 30 de octubre de 2013 al 30 de octubre de 2014 (fls. 55 a 58), sin que se aporte contrato alguno respecto de los años anteriores, esto es, desde el 21 de octubre de 2010 al 29 de octubre de 2014.

Así mismo, reposa certificación expedida por la demandada vista a folios 59 y 60, en el que detalla los términos y tiempos de prestación del servicio por la parte demandante, en el que se especifica que mediante Contrato No. 389 de 2013 se suscribió un contrato de concesión para que la demandante prestara, operara, explotara y organizara el servicio de ESTILISTA y del espacio destinado y asignado por el Club para ello en la Sala de Belleza, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia del concedente, se indicó que como contraprestación por la explotación de los servicios de que trata el contrato, sería de una suma igual al 45% de los ingresos brutos del valor total facturado por el servicio de conformidad con las tarifas dispuestas por el concedente para ésta actividad. Así mismo, se indicó que la demandante prestó sus servicios desde el 21 de octubre de 2010 hasta el 29 de octubre de 2013, detallando como suma recibida para el mes de abril de \$1.822.700, mayo \$1.777.600, junio \$1.782.275, julio \$1.886.775, agosto \$2.016.300 y septiembre \$1.886.500.

Aportó planilla de aportes en línea a Seguridad Social de la demandante, para los periodos 2010-11 a 2014-11 (fls. 62 a 67). Documento del 18 de junio de 2013 suscrito por la demandante, ofreciéndole al Club El Nogal sus servicios profesionales como manicurista (fl. 68), solicitud presentada por la actora al club demandado para ausentarse del contrato de concesión desde el 1 de octubre al 20 de octubre de 2014 (fl. 69), Acta de Suspensión del contrato de concesión No. 389 de 2013 desde el 1 de octubre de 2014 hasta el 20 de octubre de 2014, señalando el 21 de octubre de 2014 como fecha de reinicio (f. 70), documento suscrito por la demandante con el fin de dar por terminado el contrato de concesión que suscribió con el Club El Nogal (fl. 71), registro de ingresos por la demandante (fls. 73 y 74).

A folio 72, reposa certificación expedida por el Club demandado en el que indica que la parte actora prestó sus servicios como manicurista mediante contrato de concesión desde el 20 de octubre de 2010 hasta el 23 de octubre de 2014, en donde se indica las sumas recibidas por la señora Alba Riaño a lo largo de dicho periodo.

Certificación expedida por el Club El Nogal en el que se indica no tener la información o registro asociada a ingresos con anterioridad a agosto de 2011, como quiera que hubo una falla en el servidor que se usaba con anterioridad a esa fecha (fl. 121 y 122).

Por otro lado, se recibió el interrogatorio de parte de la señora **AMPARO ELENA FERNÁNDEZ CUBILLOS**, en calidad de representante legal del Club El Nogal, quien indicó que tiene referencias de la demandante, y que prestó sus servicios como manicurista, en concesión, de la Sala de Belleza del Club El Nogal. Que la demandante tenía un contrato de concesión, a través del cual se concede la posibilidad de poder presentar un reemplazo para poder prestar el servicio en la Sala de Belleza. Que la demandante no se le prestaba un espacio específico para que prestara su servicio, pues la manicurista debía desplazarse por todo el Club para prestar su servicio. Que el Club El Nogal tiene unas socias, que una vez conocen a las concesionarias, eligen cuál de ellas le prestará el servicio de manicure o cualquier tipo de servicio de tipo estética, por lo que no hay una asignación de clientes, sino el aprovechamiento por parte de la concesionaria de unos clientes – socias del Club El Nogal que solicitaban dicho servicio o invitadas del Club El Nogal.

Que la demandante no tenía que cumplir un horario, la concesionaria elige el horario en que decide explotar su servicio en la Sala de Belleza, sin embargo, aclara que la Sala de Belleza del Club El Nogal tiene un horario de lunes a sábado, al cual deben limitarse las concesionarias. Que el Club El Nogal es quien fija las tarifas de los servicios como manicure, o cualquier procedimiento estético. La demandante tenía que usar uniforme del Club El Nogal, dado el servicio prestado que implicaba químicos, esmaltes, o donde intervenía cabello o pedazo de uñas, por lo que se les exigía usar uniformes que fueran anti fluidos, entregados por el Club El Nogal, así como un color específico para cumplir con las normas de bioseguridad que exige el Ministerio de Salud. Que la demandante podía ausentarse de la Sala de Belleza en el evento que no tuviera citas en su agenda sin pedir permiso, pero en el evento de que hubiese una cita agendada, podía bloquear la agenda para no asistir y el Club El Nogal se encargaba de comunicarse con la socia para informarle que el día que agendó inicialmente no podía ser atendida, pero se le brindaba la opción de ser atendida por otra manicurista a la misma hora elegida, o cambio de día con la que anteriormente había escogido. El pago que se le hacía a la demandante, tenía que ver con las tarifas que tenía el Club El Nogal, y de acuerdo a la utilización del servicio de manicure, del 100% facturado, el 55% correspondía a la concesionaria, y el 45% restante al Club El Nogal por la utilización del servicio, en cortes quincenales. El pago a la concesionaria se hace a través del sistema. Para el procedimiento de suscripción de un contrato de concesión, lo que se hace es que, la concesionaria ofrece sus servicios como manicurista para que sean ofrecidos dentro del Club El Nogal y elegía el horario o franja del día en que quería prestar el servicio de manicure. Que las supervisoras de la Sala de Belleza son las encargadas de coordinar las agendas para las socias, y tienen contrato directo con el Club El Nogal. Que de acuerdo con la autorización que hace la concesionaria, el Club El Nogal es quien le paga la planilla de seguridad social. Que los elementos, tales como esmaltes, algodón, corta cutícula, gel, limas, etc. Las debía proporcionar la concesionaria, solo la silla donde se sienta la manicurista las proporciona el Club El Nogal.

Así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la señora **ALBA RUTH RIAÑO GUZMÁN**, quien indicó que efectivamente suscribió contrato de concesión para prestar el servicio de manicurista, y autorizó al Club El Nogal para que le pagara la planilla de Seguridad Social. Que solicitó suspensión del contrato de concesión para los días del 1 de octubre de 2014 al 20 de octubre de 2014. Que las herramientas con las que se prestaba el servicio eran de la demandante, tales como esmaltes de Masglo y Jolie que iban al Club El Nogal. Que debía usar uniforme para cumplir las medidas y reglas de bioseguridad. Que eran las socias del Club quienes solicitaban las citas y las concesionarias revisaban el sistema para saber que cliente tenían que atender. Que inicialmente debía estar disponible en cualquiera de las jornadas, sin embargo con posterioridad le asignaron un horario fijo de 10:00 AM a 8:00 PM. Que no podía ausentarse sin solicitar previamente permiso. Que en un evento que no pudo atender a una socia a la hora agendada, tuvo que hablar con el supervisor y la sancionó al decirle que le tocaba pedir perdón a la clienta por incumplir con el horario, finalmente señala que decidió presentar renuncia ante el Club El Nogal.

Por otro lado, se recibió el testimonio de la señora **PILAR ZORAIDA DEAZA RODRIGUEZ** y **MARIA ELENA CELIS LEON**, afirmaron conocer a la demandante, la primera por entrar a trabajar el mismo día 21 de octubre de 2010 al Club El Nogal

como manicuristas, y la segunda conoce a la actora por cuanto trabajaron juntas en el Club El Nogal desde el 2002 a 2014, que la demandante suscribió un contrato, que la actora debía cumplir un horario, que el Club El Nogal le entregaba un uniforme y una placa que debía portar, que el Club El Nogal nos daba el tocador y lo debíamos compartir, que nos daban un protocolo de cómo peinarnos y maquillarnos cuando estuviéramos en el turno, que cuando se quería ausentar, debía pedir permiso. Inicialmente se debía escoger entre los horarios que daba el Club El Nogal, pero con posterioridad a la demandante le otorgaron un horario fijo de 10:00 AM a 8:00 PM para ejercer los servicios de manicurista. Que si no estaba atendiendo a socias, tocaba irse a la cocina a doblar toallas o bolsas, no podía quedarse en la Sala de Belleza porque decía que calentaba las sillas que eran para las socias. Que no podía salir antes de la hora, ni siquiera unos minutos antes, o si no se le imponía un memorando. Que la remuneración se repartía, la mitad el Club El Nogal y la otra mitad para la concesionaria y se cancelaba quincenalmente. Que no se podía negar prestar el servicio al socio. Que los instrumentos como esmaltes y esas cosas, era de cada manicurista, pero con imposición a las marcas que exigía el Club El Nogal. Que la demandante no podía disponer de su horario, no era autónoma en el ejercicio de su servicio, pues si quería ausentarse, debía pedir permiso. Que en el Club El Nogal se tenía más de un jefe, pues se recibía órdenes de la supervisora, de la recepcionista, de la ama de casa, etc.

Por su parte, las señoras **JENNY ALEXANDRA TAFUR URREA**, **GLORIA DEL PILAR GONZALEZ CARDENAS**, **ANGELA MARITZA LOPEZ VELOZA** y **VILMA SIERRA ATARA** todas actualmente vinculadas laboralmente con el Club El Nogal, como supervisoras de la Sala de Belleza, a excepción de la señora **ANGELA MARITZA LOPEZ VELOZA** que trabaja como asistente de servicios generales del Club demandado y quien es la única que no conoció a la demandante, sin embargo coincidieron en indicar que conocen la señora Alba Riaño, que se desempeñó como manicurista para el Club El Nogal desde octubre de 2010 a octubre de 2014, que se vinculó como personal de concesión en la Sala de Belleza. Que la supervisora, tiene como función de verificar que el área que se va a prestar para las socias, este debidamente adecuado y limpio el lugar, verificar la programación de los horarios, facturación de los servicios prestados a las socias, solicitud pedidos, recibir las llamadas para hacer las reservas y asignar las citas a las socias. Que el temperamento de la demandante era fuerte, y la relación con la actora fue tensionaste en algunas oportunidades. Que la señora Marlén Díaz era la directora de bienestar y belleza, y estaba a cargo de los contratos de concesión, por lo que ante cualquier queja de una concesionaria debía informársele a la Señora Marlén Díaz. Que la disponibilidad de la demandante era de 10:00 AM a 8:00 PM, que podía disponer libremente de su horario, y en el evento en que decidiera irse en esa franja de horario, se bloqueaba su agenda y reubicar en dado caso, las citas que eventualmente se tuvieran agendadas. Que el personal de concesión no eran sujetos de memorandos o llamados de atención por su calidad en la que prestaban el servicio. Que los insumos con los que prestaban sus servicios eran traídos directamente de cada concesionaria, lo único que exigía el Club El Nogal era utilizar ciertas marcas, para garantizarle un buen servicio a la socia del Club. Que no se hacen llamados de atención a la concesionaria, pero se toma nota de la queja de la socia del Club, y en ese orden se hace retroalimentación a la concesionaria. Que la supervisora no tenía ningún control de entrada y salida, eso se hacía solo al ingresar al Club el Nogal. Que las obligaciones del concedente, el Club el Nogal, prestar el

espacio y los socios para que la concesionaria pudiera ejercer el servicio contratado, en este caso el manicure, así mismo, se pactaba que el concedente tenía la obligación de pagar la planilla de seguridad social, y se les entregaban a las concesionarias copia del contrato de concesión suscrito. Señala la último testigo que la demandante cerraba mucho la agenda, esto quiere decir que, llamaba antes de iniciar su turno llamaba a informar que tenía inconvenientes familiares y no podía asistir, y se reubicaba con otra contratista. Que las concesionarias no tenían ninguna identificación del club demandado.

De acuerdo a lo anterior, y contrario a lo afirmado por la recurrente, sea del caso precisar que los testimonios de PILAR ZORAIDA DEAZA RODRIGUEZ y MARIA ELENA CELIS LEON, se caracterizaron por ser coherentes y claros, sin que evidencien contradicción o parcialidad, entonces, ofrecen a la Sala credibilidad, en tanto, expresaron las circunstancias fácticas que conocían y les constaba respecto del objeto de litigio, máxime si se tiene en cuenta que fueron personas que prestaron el mismo servicio de la demandante, siendo relevante señalar que manifestaron de manera contundente que la demandante debía cumplir con el turno asignado, y cumplir las funciones propias de manicurista.

En el caso bajo examen, con los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que ALBA RUTH RIAÑO GUZMÁN prestó servicios a la Corporación Club El Nogal, no solo con la documental que obra a folios 59 y 60, 72 a 74, relacionada con las certificaciones emitidas por la encartada, donde dan cuenta que la prestación del mismo se dio desde el 21 de octubre de 2010, así como con las copias de los pagos de las planillas a seguridad social vista a folios 3 a 25 y 62 a 67, sino también con la aceptación que hiciera la representante legal de la parte demandada quien manifestó que era cierto que mediante contrato de concesión la señora Alba Ruth Riaño Guzmán se desempeñaba como MANICURISTA, por lo que queda totalmente probada la prestación personal del servicio, en ese sentido le corresponde a la parte demandada desvirtuar que esos servicios personales no se ejecutaron bajo un contrato de trabajo si no conforme a las estipulaciones del contrato comercial suscrito entre las partes, esto es, que la labor fue autónoma e independiente, tal y como lo afirma la recurrente.

En el *examine*, el Club El Nogal no desvirtuó la presunción legal del contrato de trabajo contenida en el artículo 24 del CST, por el contrario, se acreditó que en el transcurso de la relación las condiciones fueron desarrolladas bajo actos constitutivos de subordinación al impartírsele órdenes a Riaño Guzmán, imponerle horario a través de la Supervisora del Salón de Belleza, según lo describieron las deponentes Pilar Zoraida Deaza Rodríguez y María Elena Celis León, surgiendo evidente que la demandante cumplió sus funciones en las condiciones que le impuso el Club, sin posibilidad de ejercer su actividad con autonomía e independencia, pues, cumplía sus labores con los clientes o invitados en el cubículo que le asignaran, y si bien debía llevar sus elementos de trabajo, tales como esmalte, algodón, etc., lo cierto es que debía desarrollar su labor en las instalaciones de la sociedad demandada, con la mesa y tocador de la demandada, y dada la naturaleza jurídica de la demandada, al tratarse de un Club, podía ejercer sus funciones, ya fuera en el Salón de Belleza, o en el sitio donde la socia del Club se encontrara, aunado al hecho que en caso de ausentarse debía pedir permiso con

anterioridad o, en su defecto reponer el tiempo, igualmente, le llamaban la atención en caso de llegar tarde, en consecuencia, existió subordinación jurídica, así como los demás elementos constitutivos del contrato de trabajo que impone el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

Y, aunque la enjuiciada haya dado una denominación diferente al vínculo, "contrato de concesión", ello no desvirtúa la existencia de una relación laboral, además, no debe perderse de vista, de conformidad con las planillas aportadas por la demandante vista a folios 2 a 25, que a pesar de ser Riaño Guzmán, una 'trabajadora independiente', lo cierto es que el Club el Nogal le canceló la Seguridad Social para los periodos de noviembre de 2010 a agosto de 2012 (fls, 2 a 20), abril de 2013 (fl. 21), junio de 2013 (fl. 22), agosto a octubre de 2013 (fl. 23 a 25), conforme la cláusula décimo tercera del Contrato de Concesión vista a folio 57 del plenario, en el que el concesionaria autoriza al concedente, para que en su nombre y representación realice el pago integrado de los aportes al Sistema de Seguridad Social.

Ahora, si bien el Club demandado es un centro cultural, deportivo, social, gastronómico y empresarial, el cual no se desprendería un servicio como el que ofrecía la demandante de manicure, lo cierto es que de conformidad con las declaraciones de las testigo JENNY ALEXANDRA TAFUR URREA, GLORIA DEL PILAR GONZALEZ CARDENAS, ANGELA MARITZA LOPEZ VELOZA y VILMA SIERRA ATARA, el servicio de manicure lo ofrece el club demandado por mas de 20 años, por lo que podría incluso decirse que se encuentra como una actividad del giro ordinario de la demandada, desvirtuando de esta manera el contrato de concesión suscrito entre las partes.

Por otro lado, no debe perderse de vista que conforme el material probatorio recaudado, todo el manejo del negocio a nivel administrativo y cobro de tarifas, se encuentra a cargo de la sociedad demandada, y si bien en efecto la demandada cancelaba a la actora los servicios, por lo que era la pasiva quien pagada directamente a la demandante una suma de dinero, bajo el argumento que era el pago que realizaba el socio del club por el servicio recibido, dejando ver la realidad de la situación, al tratarse del pago de un salario, como contraprestación de sus funciones, siendo el club también beneficiado por dicha actividad.

En ese orden de ideas, se encuentra plenamente establecido que la demandante se encontraba sujeta a las directrices y vigilancia de las supervisoras, e incluso el "llamado de atención" al que estaba sujeta al momento de alguna queja de una socia del club, al cual incluso refirió la demandante en su interrogatorio de parte la imposición de la sanción de excusarse con una socia del club en una determinada oportunidad, situación a la cual se encontró en total desacuerdo, pero que tuvo que hacer, y hechos tales como no poder abandonar el sitio de trabajo antes del cumplimiento de la jornada, o solicitar autorización si no podía asistir, sin que pueda acreditarse una autonomía o independencia en sus funciones, dejando ver la subordinación que le impartían a la demandante, **confirmando** de ésta manera la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo.

EXTREMOS – SALARIO:

Respecto de los extremos de la relación laboral para la Sala no existe discusión con el material probatorio que reposa dentro del informativo que la relación laboral tuvo como extremo inicial desde el 21 de octubre de 2010 hasta el 23 de octubre de 2014, conforme la certificación expedida por la demandada vista a folio 72 y 73 del expediente.

En lo que tiene que ver con el salario devengado, se tomó la misma certificación expedida por la demandada vista a folio 72 y 73 del expediente y en ese sentido se promedió el mismo como a continuación se señala:

AÑO	Salario
2010	\$713.757,33
2011	\$1.029.734,17
2012	\$1.140.598,08
2013	\$1.283.864,58
2014	\$1.325.375

Previo a realizar los cálculos aritméticos, ha de precisarse que no se presentó inconformidad alguna respecto de la excepción de prescripción parcialmente probada por el Juez de primera instancia, en ese sentido la Sala se releva del estudio de la misma, aplicándola al cálculo de las acreencias laborales, dejando incólume el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, es decir, quedando afectadas todas aquellas acreencias causadas con anterioridad al **29 de junio de 2013**, esto es, 3 años con anterioridad a la radicación de la demanda ante el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá (fl. 46 Cuaderno No. 2).

AUXILIO DE CESANTÍAS

Como la parte demandada no acreditó el pago de las cesantías durante todo el periodo laborado, como forme lo establecido en el artículo 259 del CST es procedente el pago lo que una vez efectuadas las cálculos aritméticos asciende a la suma de \$1.724.206,57, **modificando** en este sentido el literal a) del numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, conforme liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión.

INTERESES A LAS CESANTIAS Y SANCIÓN POR NO PAGO:

La sala encuentra que la demandada no acreditó el pago, por lo tanto adeuda por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$144.298,59; de la misma manera conforme al numeral 3° del artículo 1° de la ley 52 de 1975 es procedente el pago tal y como lo preceptúa es el valor adicional de los intereses causados es decir la suma de \$144.298,59, **modificando** en este sentido el literal b) del numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, conforme liquidación

efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión

PRIMA DE SERVICIOS

En atención a la prescripción trienal declarada en primera instancia, al no haberse acreditado el pago, conforme liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión procede condena por la suma de \$1.724.206,57, en ese sentido, se **modificará** el literal c) del numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

COMPENSACIÓN EN DINERO DE LAS VACACIONES

Como quiera que no se acreditara el pago por este concepto, una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor conforme liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión, la demandada adeuda el monto de \$862.103,28, por lo que, se **modificará** la condena impuesta por el juez de instancia en el literal d) del numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS:

En punto a la indemnización por no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato. No obstante, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, luego debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

Revisada la conducta del empleador, para la Sala no se acredita buena fe en su actuar, pues se advierte la intención de omitir el pago de las obligaciones a su cargo al intentar encubrir la relación laboral con la demandante, en consecuencia, conforme liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión, procede una condena por la suma de \$10.613.280,53, por las causadas en el año 2013, pagaderas en el año 2014, como quiera que las causadas con anterioridad se encuentran prescritas, conforme lo ordenó el Juez de instancia, por lo que, se **modificará** la condena impuesta por el juez de instancia en el literal f) del numeral segundo de la sentencia proferida.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En punto a la indemnización moratoria reclamada por la demandante, cabe señalar que con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas al término

de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012).

En el presente caso, las pruebas reseñadas en precedencia acreditaron la mala fe de la enjuiciada, pues, la negación de la relación laboral bajo el argumento de haberse regido el nexo por un contrato de concesión, no es suficiente para exonerar al empleador demandado, con mayor razón si se tiene en cuenta que las funciones fueron desarrolladas con las características y elementos propios de un contrato de trabajo, en particular, la subordinación jurídica de la trabajadora.

Y es que en ese sentido, no se acreditó dentro del plenario que se haya realizado el pago de las prestaciones sociales, así como tampoco se hizo la consignación pertinente ante el juez del trabajo, lo que, contrario a lo afirmado por la recurrente, no es indicativo de buena fe, por manera que no hay lugar a exonerarla de la indemnización y sanción por no consignación de cesantías, razones estas para confirmar la indemnización impuesta en la sentencia apelada.

Teniendo en cuenta lo anterior, conforme liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión procede a **modificar** el literal e) del numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de imponer condena a la entidad demandada a pagar la suma diaria de \$44.179,16, teniendo en cuenta que se declaró como último salario la suma de \$1.325.375, a partir del 24 de octubre de 2014 y hasta el 24 de octubre de 2016 en la suma de \$31.808.995,20, y a partir del 25 de octubre de 2016, esto es, a partir del mes 25, intereses moratorios hasta el día en que la demandada pague las condenas impuestas por acreencias laborales ordenadas, conforme los parámetros del artículo 65 de CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, en razón a que la demanda se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo (12 de marzo de 2015 fl. 39), tal como lo enseña la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 2003 .

COSTAS:

Sin **costas** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

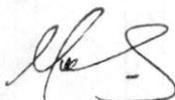
PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia así:

- a. Por auxilio de cesantías el monto de \$1.724.206,57.
- b. Por intereses a las cesantías por la suma de \$144.298,59y sanción por falta de pago de los mismos \$144.298,59.
- c. Por prima de servicios, la suma de \$1.724.206,57.
- d. Por vacaciones, la suma de \$862.103,28.
- e. Por indemnización moratoria del artículo 65 del CST, a pagar la suma diaria de \$44.179,16, teniendo en cuenta que se declaró como último salario la suma de \$1.325.375, a partir del 24 de octubre de 2014 y hasta el 24 de octubre de 2016 en la suma de \$31.808.995,20, y a partir del 25 de octubre de 2016, esto es, a partir del mes 25, intereses moratorios hasta el día en que la demandada pague las condenas impuestas por acreencias laborales ordenadas, conforme los parámetros del artículo 65 de CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002
- f. Por sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por falta de consignación del auxilio de cesantías del año 2013, condena el monto de \$10.613.280,53.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 1º de agosto de 2019 por el Juzgado 16º Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

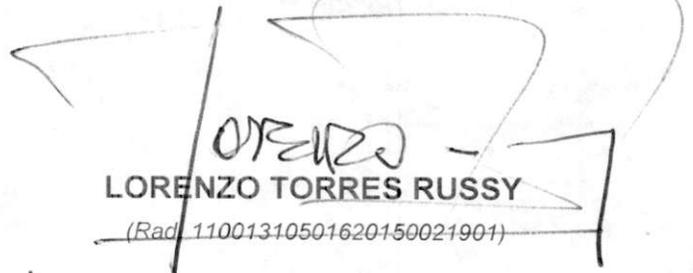
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501620150021901)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310501620150021901)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501620150021901)

Aloración de voto



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 37-2019-00173-01

Bogotá D.C., octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **HERNANDO BARRIOS LUJAN**
DEMANDADO: **CORPORACION CLUB EL NOGAL**
ASUNTO : **APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de febrero de 2010, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandada (folios 1093 a 1096), así como del demandante (folio 1099 a 1103) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **HERNANDO BARRIOS LUJAN** instauró demanda ordinaria laboral contra de **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos, así como en la demanda acumulada (fl. 317 a 321):

- 1) Declarar que los distintos contratos de prestación de servicios suscritos por las partes entre el 27 de agosto de 2001 y el 31 de enero de 2019 fueron simulados pues en realidad escondieron desde siempre una típica relación de trabajo por virtud de la subordinación continua como el señor **HERNANDO BARRIOS LUJAN** ejecutó las labores que se le encomendaron y que constituyeron su objeto.
- 2) Declarar que los servicios continuos prestados por el señor **HERNANDO BARRIOS LUJAN** a la Corporación Club el Nogal entre el 27 de agosto de 2001 y el 31 de enero de 2019 fueron subordinados y estuvieron gobernados por un contrato de trabajo celebrado a término indefinido.

- 3) Declarar que los servicios continuos prestados por el señor HERNANDO BARRIOS LUJAN a la Corporación Club El Nogal entre el 27 de agosto de 2001 y el 31 de enero de 2019 terminaron en ésta última fecha por decisión unilateral de la citada entidad y sin que mediara justa causa para el efecto.
- 4) Que como consecuencia de las declaraciones precedentes, condenar a la Corporación Club El Nogal a reconocer y pagar al señor HERNANDO BARRIOS LUJAN los siguientes derechos, prestaciones sociales, beneficios y garantías de naturaleza laboral:
 - a. El valor indexado de los incrementos o ajustes salariales debidos al demandante respecto de todos y cada uno de los años en que él prestó sus servicios subordinados a la entidad accionada calculados con un criterios equitativo y razonable conforme a los parámetros jurisprudenciales contenidos en la Sentencia C – 911 del 7 de noviembre de 2912 y liquidados entre el 27 de agosto de 2001 y el 31 de enero de 2019.
 - b. El auxilio de cesantía causado a favor del demandante durante todo el tiempo en que él prestó sus servicios subordinados a la entidad demandada, es decir, el 2019, obligación esta que se liquidará con base en el salario y/o remuneración devengada en cada periodo de causación y/o con el promedio en el caso de que haya variado.
 - c. Los intereses de la cesantía causado a favor del demandante durante todo el tiempo en que él prestó sus servicios subordinados a la entidad demandada, es decir, el 2019, obligación esta que se liquidará con base en el salario y/o remuneración devengada en cada periodo de causación y/o con el promedio en el caso de que haya variado.
 - d. Las primas de servicio causado a favor del demandante durante todo el tiempo en que él prestó sus servicios subordinados a la entidad demandada, es decir, el 2019, obligación esta que se liquidará con base en el salario y/o remuneración devengada en cada periodo de causación y/o con el promedio en el caso de que haya variado.
 - e. La compensación en vacaciones debidamente indexada y causada a favor del demandante durante todo el tiempo en que él prestó sus servicios subordinados a la entidad demandada, es decir, el comprendido entre el 27 de agosto de 2001 y el 31 de enero de 2019, obligación ésta que se liquidará con base en el salario y/o remuneración devengada en cada periodo de causación y/o con el promedio en el caso de que haya variado.
 - f. El valor debidamente indexado de los aportes pagados al Sistema de Seguridad Social Integral por el demandante calidad simulada de trabajador “independiente” y como condición exigida por la entidad demandada para la suscripción de los contratos aparentes de prestación de servicios mediante los cuales se pretendió esconder el contrato realidad que vinculó a las partes, obligación ésta que deberá liquidarse en función del respectivo valor y de todos los periodos de cotización sufragados entre el 27 de agosto de 2001 y el 31 de enero de 2019.
 - g. Las cotizaciones debidas al sistema de seguridad social integral durante todo el tiempo en que el demandante prestó sus servicios subordinados a la entidad demandada, es decir, el comprendido entre el 27 de agosto de 2001 y el 31 de enero de 2019, obligación ésta que se liquidará con

base en el salario y/o remuneración devengada en cada periodo de cotización y/o con el promedio en el caso de que haya variado.

- h. La indemnización moratoria consagrada por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 originada en la falta de consignación de la cesantía anual del demandante en un Fondo y/o Administradora de Cesantías, obligación ésta que se liquidará con base en el salario y/o remuneración devengada en cada periodo de causación y/o con el promedio en el caso que haya variado.
- i. La sanción por mora originada en el pago de los intereses de la cesantía causada a favor del demandante en los términos en que lo prescribe la Ley 52 de 1975, numeral 3º, artículo 1º, es decir, aplicando la tasa del 2% mensual respecto de la cesantía acumulada en el respectivo periodo de causación.
- j. La indemnización moratoria y los intereses moratorios consagrados por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo considerando que al momento de sobrevenir su despido (31 de enero de 2019) la entidad accionada persistió en el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales y los salarios – con sus incrementos o ajustes anuales – causados a favor del demandante durante la vigencia de la relación de trabajo existente entre las partes, obligaciones estas que se liquidarán respectivamente, con base en el último salario y/o remuneración devengada y/o con el promedio en el caso de que haya variado en el último año, y con la tasa máxima de interés moratorio aprobado por la Superintendencia Financiera para los créditos de libre asignación.
- k. La indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada, originada en la terminación unilateral del contrato de trabajo del demandante por parte de la entidad demandada sin motivo que justifique esa decisión, obligación ésta que se liquidará con base en el último salario y/o remuneración devengada y/o con el promedio en el caso de que haya variado en el último año.
- l. La indemnización del daño moral, debidamente indexada, causada al demandante con la terminación unilateral de su contrato de trabajo por parte de la entidad demandada sin motivo que justificara esa decisión, y también originada en el desprestigio y demás afectaciones a la esfera afectiva y emocional sufridas por él con ocasión de ese acto arbitrario respecto del importante número de socios del Club el Nogal que durante 18 años fueron sus alumnos de ajedrez y lo distinguieron con su amistad y aprecio y que le cancelaron sus afectos desde el momento de su despido.
- m. Costas procesales.

La **COPORACION CLUB EL NOGAL** contestó la demanda (fls. 361 a 1069) de acuerdo al auto visible a folio 1070. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 37º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de febrero de 2020. **ABSOLVIÓ** a la **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL** de las pretensiones invocadas por el señor **HERNANDO BARRIOS LUJAN**. **COSTAS** a

cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 (UN) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación:

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que se cumplen las disposiciones establecidas en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, así como lo indicado en la Sentencia 517 de 1999 proferida por la Corte Constitucional en la que se deja establecido que la docencia subordinada necesariamente es eso, subordinada, cuando se cumple el servicio en una institución, y se cumplen además los presupuestos y elementos esenciales del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, quedando acreditado con el debate probatorio que se surtió dentro del presente asunto cumpliendo de esta manera los requisitos para tratarse de una relación de trabajo, es por lo anterior que solicita se revise la totalidad del material probatorio allegado al plenario y en ese sentido, se llegue a la conclusión que no existe duda respecto de la existencia del contrato realidad, y como consecuencia lógica se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y se accedan a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si de conformidad con el material probatorio recaudado dentro del plenario, existió entre el señor HERNANDO BARRIOS LUJAN y la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL, una relación laboral, con vigencia desde el 27 de agosto de 2001 al 31 de enero de 2019, o si por el contrario, como lo afirma la parte demandada, la relación estuvo sujeta mediante un contrato de prestación de servicios. **2.** En caso afirmativo, si proceden las condenas incoadas en el libelo introductorio.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

Así las cosas, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda, o si, conforme lo concluyera el juzgador de primer grado, la relación estuvo regida de sendos contratos de prestación de servicios.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real” en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal” o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, el demandante alega que prestó sus servicios para el Club accionado en una relación laboral desde el 27 de agosto de 2001 al 31 de enero de 2019.

La sociedad demandada por su parte, niega la existencia de la relación laboral en los términos planteados en la demanda, indicando que entre las partes existieron al menos 9 contratos de prestación de servicios, totalmente independientes entre sí, luego no es cierto como pretende hacerlo creer la parte demandante, que entre aquel y la sociedad demandada lo que existió fue una única relación entre agosto de 2001 y enero de 2019, y mucho menos, que dicha relación fue de naturaleza laboral, precisando que entre las partes se acordó que en la celebración de cada uno de estos contratos existiría autonomía técnica, administrativa y financiera, en ese sentido que el señor HERNANDO BARRIOS LUJAN se obligó para con el Club El Nogal a prestar sus servicios en la enseñanza de clases de ajedrez para adultos, en las instalaciones del Club, de conformidad con la propuesta presentada por el contratista, y el cronograma acordado con el Club demandado.

Así las cosas, la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que, quien invoca la condición de trabajador, debe además de afirmarlo, acreditar la prestación personal del servicio y sólo entonces se presume el contrato de trabajo, como lo predica el artículo 24 del C.S.T. Bien sabido es, que a quien invoca la condición de trabajador no le basta con afirmar que el contrato de trabajo se estructuró, sino que debe acreditar la prestación personal del servicio para que en aplicación del artículo 24 del CSTSS se presuma el contrato de trabajo y en ese orden de ideas, queda en cabeza de la parte demandada la carga de desvirtuar la existencia de subordinación.

Ahora bien, de conformidad con las pruebas documentales que reposan dentro del plenario, se acredita que las partes suscribieron sendos contratos de prestación de servicio en los siguientes periodos:

1. Del **27 de agosto de 2001** al **31 de enero de 2007**, con un periodo de suspensión entre el 20 de marzo de 2003 y el 15 de junio de 2003 (fl. 511 a 512).
2. Del **1º de febrero de 2007** al **31 de diciembre de 2011**, con un periodo de suspensión entre el 21 de diciembre de 2009 al 7 de febrero de 2010 (fl. 488 a 490).
3. Contrato No. 118, suscrito el 7 de mayo de 2012, vigente entre el **14 de enero de 2012** y el **31 de diciembre de 2012** (fl. 481 a 486).
4. Contrato No. 269 de 2013, vigente entre el **14 de enero de 2013** y el **31 de diciembre de 2013** (fl. 475 a 477).
5. Contrato No. 084, suscrito el 12 de marzo de 2014, vigente entre el **1º de marzo de 2014** y el **31 de enero de 2015** (fl. 470 a 472).
6. Contrato No. 058 de 2015, vigente entre el **1º de febrero de 2015** y **31 de enero de 2016** (fl. 460 a 463).
7. Contrato No. 065 de 2016, vigente entre el **8 de febrero de 2016** y el **31 de enero de 2017** (fl. 454 a 456).
8. Contrato No. 061 de 2017, vigente desde el **15 de febrero de 2017** al **31 de enero de 2018** (fl. 448 a 451).

9. Contrato No. 053 de 2018, vigente desde el 1° de febrero de 2018 al 31 de enero de 2019 (fl. 438 a 441).

Así mismo, obra documental aportada al plenario de otros sí a los diferentes contratos de prestación de servicio suscrito entre las partes (fls. 493 a 497 y 498, 507 a 509), así como también correos electrónicos, en donde se sostienen conversaciones con algunos de los empleados del Club.

Igualmente, reposan desprendibles de pago efectuados por el Club El Nogal que realizó a favor del demandante, así como cuentas de cobro que presentó éste, de lo que se puede concluir que los pagos realizados dependían exclusivamente de las horas que el demandante prestara la labor descrita (fls. 519 a 1068).

Se aportó documental del panfleto de promoción de las clases de ajedrez que ofrecería el Club, indicando como profesor el señor Hernando Barrios Luján, en los horarios de lunes a viernes de 4:00 a 8:00 PM (fl. 38 a 40).

Así mismo, se aportó documental suscrita por el demandante, donde manifiesta al Club demandado "Disponibilidad de horarios" para atender el servicio objeto del contrato, en el que especifica que en caso en que por razones ajenas a su voluntad no pueda presentarse en los horarios establecidos, comunicará al Supervisor del contrato con la debida anticipación, con el fin de presentar un reemplazo o para que el Club tomara las medidas necesarias en caso de no poder encontrar un reemplazo de las características profesionales que requiera (fls. 498, 503 y 505).

Por otro lado, se recibió el interrogatorio de parte de la señora **ANGIE BARRAGAN RUEDA**, en calidad de representante legal del Club El Nogal, quien indicó que la naturaleza del Club demandada consistía en recreación, social, cultural, donde se prestan unos servicios para el bienestar de los socios. Que el actor fue presentado al Club como profesor de ajedrez, el cual fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios, que era el único profesor de ajedrez que dictaba clases a los socios, por cuanto en la franja que prestaba el servicio no ameritaba tener otro profesor que prestara dicho servicio. El contrato de prestación de servicio solo exigía dictar clases de ajedrez, de acuerdo a su experticia, no se exigía un estudio específico. Que el club cuenta con un salón especializado para las clases de ajedrez, y las fechas y demás elementos son de propiedad del Club para la satisfacción de sus socios. Que el demandante tenía que cumplir el reglamento del Club demandado. Que el Club participó en diferentes campeonatos inter clubes de ajedrez, cuando el actor estaba vinculado al club como contratista. Que al actor nunca se le reconoció horas extras, porque se le pagaba una tarifa hora, por asistir a los torneos. Que la documental que reposa a folio 609 vuelto del plenario, hace alusión a una documental escrita con el puño y letra del actor, en el que comenzó a radicar en el club demandado, con terminología laboral, sin embargo, no fue un documento que fue proferida por la demandada, toda vez que siempre se le cancelaron honorarios por la tarifa cancelada. Que no tiene conocimiento que el demandante haya presentado de manera verbal reclamaciones por las prestaciones que cree tener derecho, sin embargo, presentó una reclamación escrita, a la cual el club le dio contestación negándole lo solicitado. Que para el año 2019, es cierto que los profesores de squash asisten por tiempo completo por el volumen de socios y están vinculados por contrato de trabajo, sin embargo, los profesores del gimnasio,

de bolos, de billar, así como los del asisten por un tiempo específico de horas, están contratados por prestación de servicios.

Así mismo, se recibió el interrogatorio de parte del señor **HERNANDO BARRIOS LUJÁN**, en calidad de demandante, quien indicó ser licenciado en letras y en educación. Que suscribió 9 contratos de prestación de servicios con el Club El Nogal, sin embargo, desde un comienzo manifestó la inconformidad de dicha vinculación a la Dra. Luque, primera gerente del Club El Nogal, quien recibió las objeciones, la Dra. Luque le dijo verbalmente que estaban asesorados por abogados y tenían pleno conocimiento de las formas de vinculación de su trabajadores y contratistas, sin embargo no lo solicitó escrito porque confiaba en que el cambio iba a suceder, además porque tenía temor que sucediera lo que efectivamente sucedió cuando radicó su solicitud. Que durante la vigencia del contrato de prestación de servicios suscrita con el Club El Nogal, tenía otra vinculación como empleado oficial de 8:00 AM a 2:00 PM, pero no como profesor de ajedrez, porque en éste sentido tenía exclusividad con el Club El Nogal. Que la franja horario que prestó sus servicios en el Club El Nogal no era la única franja en la que podía prestar sus servicios, por cuanto como empleado oficial tenía la libertad de escoger dictar las clases, sin embargo, el horario fue impuesto por el Club El Nogal. Que no solicitó el cambio del horario impuesto por el Club El Nogal, porque desde un comienzo se impuso ese horario, por lo que debía ser cumplido en primer lugar marcando tarjeta, y después con aproximación biométrica. Que el Club El Nogal requería al demandante para que presentara un plan de trabajo para el siguiente año y algunos puntos se autorizaban por el Club El Nogal, no todos. Que el Club El Nogal no le presentó procesos disciplinarios, porque su comportamiento fue impecable. Que para los casos en que no podía dictar las clases, inicialmente lo comunicaba verbalmente, posteriormente, lo tenía que solicitar por escrito a sus respectivos socios. Que en el contrato teóricamente existía la posibilidad de mandar a alguien en reemplazo el evento en que no pudiera asistir a una clase, sin embargo, nunca mandó un reemplazo. El procedimiento que tenía que adelantar para que le cancelaran sus honorarios consistían en elaborar varias cuentas de cobro discriminadas y separados los conceptos, cuando había lugar a clases de ajedrez como tal y demás actividades que me generaban en actividades extra, por ejemplo en campeonatos debía asistir y acompañar a los socios. Que en el evento que si no efectuaba el acompañamiento se informaba y seguía adelante con las actividades. Que el valor de los honorarios, dependía de las horas dictadas de ajedrez. Que se afilió al sistema general de seguridad social como independiente, por exigencia del Club El Nogal, pues se debía mostrar el pago para que se generara el pago a la cuenta del demandante. Que tuvo que asistir a cursos extras, como talleres de primeros auxilios, con posterioridad al atentado en el año 2003, sin embargo, no podía asistir porque estaba ejerciendo como empleador público.

Por otro lado, se recibieron los testimonio de los señores **FERNANDO REYES MAHECHA**, **EDNA ROCIO ACOSTA DIAZ** y **DANIEL AUGUSTO GIRALDO** quienes coincidieron en indicar conocer al demandante, el primero por ser socio del Club El Nogal y tomaba clases de ajedrez con regularidad, más o menos desde el año 2001. Algunos días trabajaba de 4:00 PM a 8:00 Pm y después trabajaba de 6:00 PM a 8:00 PM. Que el demandante siempre iba en corbata para dictar clase, que recordaba que tenía un jefe, no recuerda su nombre, pero que era la persona que siempre organizaba los torneos de billar, de ajedrez, de bolos, etc., pero debía

el demandante pedir autorización al jefe para realizar esos torneos, pedir elementos, o solicitar un cambio de salón, sin embargo nunca vio que alguna persona le impartiera algún tipo de orden o de instrucción. Cuando asistía a otros torneos, el demandante no solo acompañaba, sino que incluso participaba en el torneo informal como instructor, pero no desempeñaba ningún tipo de representación por parte del Club El Nogal. Que no tiene conocimiento como lo contrataron y como le cancelaban. Que había otro profesor que les dictaba clase a los niños. Que el salón de ajedrez está definido para que se utilice en los horarios establecidos para adultos y niños. Que hubo oportunidades en que el demandante calificaba las jugadas del socio. Respecto de la declaración extra juicio que realizó ante una Notaría, pues a pesar que no iba todos los días, cualquier día que asistía al Club El Nogal, el demandante estaba. Que tenía conocimiento que en el evento en que el demandante fuera a ausentarse debía solicitar permiso, pero nunca estuvo presente al momento en que el actor pidiera ese permiso. Que recuerda una o máxima dos veces las ocasiones en que faltó el demandante. Que no vio al actor utilizar el uniforme del Club El Nogal que utilizan los trabajadores de planta. En el caso específico de la señora EDNA ROCIO ACOSTA DIAZ señaló que conoce al demandante porque también trabajó en el Club El Nogal como secretaria, y por eso tiene conocimiento que el actor estuvo vinculado mediante contrato de prestación de servicio y presentar cuentas de cobro para el pago de sus honorarios y era quien las recibía. Que todos los profesores como el de billar, bolos, ajedrez eran contratistas porque iban a trabajar unas horas en la tarde, Que a veces tenían torneos. Que el jefe de la deponente se reunía con los profesores y le daba algunas instrucciones, por ejemplo para coordinar los torneos y organizar que premios se iban a dar. Que no se pagan a los contratistas horas extras. Finalmente, en el caso específico de DANIEL GIRALDO indicó que fue director de deportes del Club el Nogal, en esa época el actor era profesor de ajedrez de adultos, y respecto del horario, lo establecía el Club para ofrecerlo a los socios, y el demandante tenía que prestar su servicio de profesor de ajedrez dentro de esta franja horaria. Que no se le impuso sanción disciplinaria al demandante.

Así mismo, se recibió la prueba testimonial de la señora **YENNY ZULEIMA CHAGUALA CAMACHO, NIDIA SEGURA SIERRA** y **RAUL PAEZ FORERO** quienes indicaron estar vinculados actualmente al Club El Nogal mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de coordinadora de deportes, y conocer al demandante como profesor de ajedrez de adultos del Club El Nogal, en una franja horaria establecida por el Club. Que en el evento en que se quisiera organizar un torneo de ajedrez, debía contar con su coordinación, como quiera que era la encargada de agendar los torneos del Club El Nogal y los horarios, conforme los horarios dada la necesidad del Club y los socios. Si un profesor no puede asistir, se le avisa a los socios que no va dictarse la clase para que no asistan, por ejemplo en una oportunidad iba a salir del país y en otra su esposa se encontraba enferma, por lo que nos comunicó dicha situación, y se informó a los socios que por ese tiempo no se iba a dictar clases de ajedrez de lunes a jueves de 4:00 PM a 6:00 PM y otros días de 4:00 PM a 8:00 PM, sin consecuencia alguna para el demandante. En estos eventos el contratista puede enviar un reemplazo, pero el actor nunca lo hizo. Que el demandante, como los demás profesores están vinculados mediante un contrato de prestación de servicios por unas horas específicas, a excepción del profesor de squash tiene contrato de trabajo. Que a los contratistas no se les imparten ordenes, tan solo se tiene un canal de comunicación directa de las solicitudes de los socios,

para mejorar o retroalimentar las áreas en que cada profesor dicta clases. Que para realizar un torneo, el profesor no tiene que estar obligatoriamente prestando su acompañamiento, sin embargo, era lo ideal para desarrollar la actividad organizada por el Club y su área. Que el demandante no debía cumplir un horario, pero para dictar su clase dentro de la franja que disponía el Club. Que al contratista debía indicar al Club previamente su disponibilidad horario, sin embargo el demandante no lo cambio porque el actor tenía otro trabajo que desarrollaba durante el día como empleado público en el Banco de la República. Que no se le pedía ningún soporte cuando se ausentaba de sus clases, tan solo el contratista llamaba a avisar y en ese sentido se les informaba a los socios que no se iba a dictar dicha clase. Los elementos para dictar la clase eran proporcionados por el Club, por exigencia de los socios. Que el demandante nunca tuvo un llamado disciplinario. Que el contratista no tenía jefe, tan solo se hacía retroalimentación con los coordinadores del deporte. Que no tuvo que reponer las horas de clase que no dictó en las oportunidades que faltó. Que no hay un grupo de competencia de ajedrez en el Club El Nogal. Que no tienen conocimiento que el demandante haya presentado alguna inconformidad de su forma de vinculación.

Analizado lo expuesto, se acredita la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de la Corporación demandada, como instructor de ajedrez para adultos, pues tal hecho no solamente se encuentra acreditado con la prueba documental allegada al plenario, sino que fue aceptado en el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demandada.

Ahora bien, frente a la existencia o no del elemento de subordinación propio de las relaciones laborales, se tiene que la misma naturaleza de las funciones desarrolladas por el actor pueden ser ejecutadas sin cualquier tipo de subordinación, incluso podía no asistir a un día de clases a la cual estaba previamente programada en la franja horaria que establecía el Club demandado, sin dejar de lado que de conformidad con los contratos de prestación de servicio allegados al plenario, el demandante tenía la posibilidad de enviar un reemplazo para cubrir la clase, a pesar de que el actor no haya hecho uso de ésta facultad que le otorgaba el contrato suscrito entre las partes, dejando ver entre líneas la autonomía en el ejercicio de la prestación del servicio.

Adicional a lo anterior, se tiene afirmado por el demandante, y confirmado por los demás testigos recibidos en audiencia que, no tenía ninguna repercusión el hecho de no asistir a las respectivas clases, pues incluso el señor DANIEL GIRALDO, quien fungió como director deportivo del Club demandado, señaló que no se presentaba ningún tipo de sanción, llamado de atención o requerimiento de tipo sancionatorio los días que no asistía, a pesar de no recordar que hubiesen sido reiterados, afectando de este modo el elemento *intuito personae* que caracteriza a los contratos de trabajo.

Por otro lado, debe resaltarse que tal y como lo indicaron las señoras YENNY ZULEIMA CHAGUALA CAMACHO y NIDIA SEGURA SIERRA, el demandante no tuvo que reponer el tiempo que tuvo que ausentarse, tal como es el caso que indicaron expresamente del viaje al exterior que tuvo que hacer el actor, o los días que tuvo que acompañar a su esposa cuando se encontraba enferma, situación que

fue reiterada por todos los testigos, toda vez que el Club entendía la calidad en que se contrataban a los instructores.

Igualmente, vale la pena resaltar que uno de los argumentos por parte de la demandada en el tipo de contratación del demandante se justifica en la medida en la baja demanda de los socios en solicitar clases de ajedrez, y por lo tanto no se justificaba cancelar un profesor de planta, y por el contrario solo contratarlo para ofrecer dicho servicio a lo sumo dos horas, dos días a la semana, o máximo cuatro horas, dos días a la semana, tal y como lo indicaron las señoras YENNY ZULEIMA CHAGUALA CAMACHO y NIDIA SEGURA SIERRA, contrario a lo que sucedía con las clases de squash y de natación, que es el fuerte del Club, y por lo tanto tienen alta demanda por los socios del mismo, y por lo mismo, se requiere una disponibilidad casi total para ofrecer dichas clases, por lo que no puede existir una escena de igualdad en éstos instructores, pues dada la demanda de la misma, se ofrecía de manera diferente estas clases.

Ahora, en lo que tiene que ver con el horario que debía cumplir el demandante, debe resaltarse como ya se indicó en precedencia, el mismo podía eventualmente ausentarse o no asistir en el horario establecido, o incluso mandar un reemplazo, situación que no sucedió, sin embargo, tal y como lo indicó el mismo demandante en su interrogatorio de parte, lo cierto es que el actor tenía la posibilidad de manifestar al Club demandado la disponibilidad horaria, y en ese sentido acordar la franja horaria en la que se prestaría el servicio de ajedrez, situación que permitía o abría la posibilidad de acordar con la demandada eventualmente el horario que se podría ofrecer el año siguientes, claramente dentro de la franja que disponía el Club, dada la demanda de los socios, o por lo menos permitía realizar sugerencias para negociar el horario, advirtiendo que no solo por parte del Club se organizaba el horario, sino que también por parte del mismo demandante, como quiera que el mismo fungía como empleado público del Banco de la República de lunes a viernes en el horario de 7:00 AM a 2:00 PM.

Por otro lado, los testigos fueron unánimes en manifestar que el demandante tenía que presentar un plan de trabajo para el año siguiente, cual podía ejecutarlo de manera autónoma, y en lo que tenía que ver con los torneos que organizaba el Club por sugerencia del respectivo profesor, no era obligatorio que el demandante asistiera o hiciera un acompañamiento estricto, sin embargo, lo más pertinente era una coordinación conjunta con la coordinadora del deporte para que se realizara con éxito el torneo, a pesar de que no tenía tanta asistencia por parte del Club, por lo que podría llegar a afirmarse que el torneo de ajedrez podía adelantarse con o sin la presencia del instructor de ajedrez, que conforme lo indicó el testigo DANIEL GIRALDO, a lo sumo se realizaron los torneos de ajedrez máximo dos veces al año, esto, durante el tiempo que ejerció como director del deporte del Club El Nogal.

Ahora bien, vale la pena resaltar que ninguno de los testigos traídos a juicio pudo dar fe o constatar las órdenes directas por parte de algún trabajador del Club El Nogal, que puedan calificarse como propias del elemento de subordinación jurídica de un contrato de trabajo, pues tan solo manifestaron actividades de coordinación y organización para prestar el servicio como instructor de ajedrez dos horas diarias, o en casos excepciones, la coordinación de un torneo sin que la presencia del demandante fuese obligatoria, tanto es así, que el mismo testigo FERNANDO

REYES, quien fue socio del Club El Nogal nunca evidenció que le impartieran una orden directa por parte del encargado del área de ajedrez, lo único que evidenció fue una charla constante y de manera directa, sin que mediera una orden o instrucción para la ejecución de su labor.

En lo que tiene que ver con los elementos de trabajo que eran suministrados por el Club, con la cual, a consideración de la parte demandante se puede inferir la subordinación laboral, vale la pena resaltar que dicha situación fue aceptada por la misma Corporación demandada, en tanto que los equipos y tableros con los que cuenta el Club era para beneficio de sus socios, debido al estándar de calidad exigido por el mismo, en ese sentido es razonables que el Club otorgara los elementos para que el demandante pudiera prestar su servicio, en pro de la comodidad del socio del Club demandado, y que si bien puede llegar a ser un indicio que estructure el contrato realidad, lo cierto es que al valorar en conjunto con las demás pruebas traídas al plenario, se logra desvirtuar el elemento de subordinación característico de los contratos de trabajo.

En lo que respecta con el cumplimiento del procedimiento de servicio de ajedrez denomina P – DEP001, el cual a consideración de la parte acora resulta indicio de subordinación, es del caso aclarar que de conformidad con la documental vista a folio 44 a 47, se logra corroborar que el demandante es el responsable de fijar los parámetros allí señalados, tal y como lo afirmó la representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte, sin que las mismas resulten excesivas, sino que se acompasan por las directivas del Club que exige prestar el servicio con base en las reglas de etiqueta fijadas previamente, por lo que se debe verificar el cumplimiento de esos directrices, y más que evidenciarse como un elemento de subordinación, se ubica en el plano del cumplimiento de obligaciones contractuales que adquirió el demandante con el Club demandado, en virtud de la celebración de los diferentes contratos de prestación de servicio.

En suma, no se logró probar que respecto de la ejecución de la labor del demandante se hubiera impartido órdenes, sino que obedece a un proceso de coordinación y organización, teniendo en cuenta el conocimiento del actor respecto del servicio prestado como instructor de ajedrez, tanto es así que como lo afirmaron los testigos, el demandante tenía la libertad de no asistir un día o a los torneos organizados, sin repercusión alguna, o asistir como participante activo en un torneo, tal y como lo afirmó el testigo Fernando Reyes, reiterando que no debía cumplir un horario específico, pues de los interrogatorios de parte y testimonios escuchados en el presente asunto no se puede inferir que debía cumplir estrictamente un horario, o si no llegaba a prestar sus servicios o llegaba tarde acaecería algún tipo de sanción, de lo que se concluye que las funciones ejecutadas por el actor estaban excluidas totalmente de subordinación, aunado a que, no estuvo bajo las órdenes permanentes y directas de la empresa demandada, resaltando en todo caso que la función desarrollada por el demandante podía realizarla con autonomía, lo que deja ver y concluir la autonomía con la que actuaba el actor, desvirtuando de esta manera la presunción legal de la existencia del elemento de la subordinación, a efectos de configurar un contrato realidad, y que por el contrario, se logra determinar la existencia de sendos contratos de prestación de servicios.

Finalmente, respecto del argumento de la recurrente, en relación al Sentencia 517 de 1999, debe precisarse que el estudio de exequibilidad que se realizó de ésta sentencia se dio sobre el estudio de constitucionalidad del artículo 206 de la Ley 30 de 1992, norma que regula la vinculación de los profesores que trabajaban por horas en instituciones privadas de educación superior, y se determinó que efectivamente la vinculación para los docentes que ejercen las mismas funciones ya sean instituciones públicas o privadas, no amerita un tratamiento diferente en los aspectos alusivos a su forma de contratación, por lo que es con base en lo anterior que se infiere que se dé el mismo trato con aquellos profesores que fueron vinculados mediante contrato de trabajo, a lo que se debe reiterar a lo dicho en precedencia, y es en lo que tiene que ver con los supuestos fácticos que no son similares a los del demandante, máxime si se tiene en cuenta que la entidad demandada no corresponde a una institución de educación superior, pues su naturaleza jurídica esta derivado a brindar entretenimiento y educación a los socios del Club El Nogal, razón por la cual no puede darse aplicación de ésta sentencia como lo pretende la parte demandante, dado que las condiciones particulares no permiten que así sea, concluyendo que la vinculación del actor no permiten inferir que existió un trato discriminatorio, por el contrario, existieron condiciones fácticas que justifican las diferentes contrataciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra que en los términos planteados dentro del proceso, la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes, por el contrario la prueba testimonial y documental que obra dentro del plenario da cuenta que el vínculo era autónomo e independiente, que no se recibían órdenes o instrucciones, ni se cumplía un horario, debiendo únicamente cumplir con las clases de ajedrez en la franja horario establecida por la demandada, y que en el eventual caso en que no pudiera asistir el demandante a dictar clases, podía ser fácilmente reemplazado por otro instructor que estuviera disponible, y lo peor que podía llegar a pasar era que no le pagaban esas horas, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la imposición de una decisión absoluta, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones.

Bajo las anteriores consideraciones, no queda otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia absoluta proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin **costas** en esta instancia.

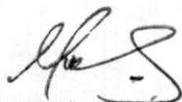
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR e la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020 por el Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá instancia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

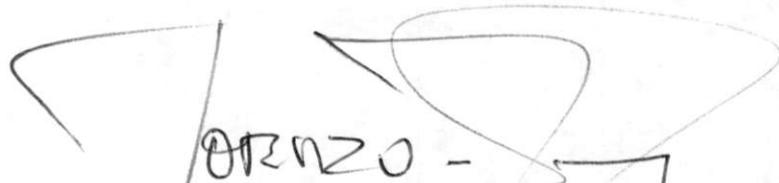
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503720190017301)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310503720190017301)

Salvo voto.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310503720190017301)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso ordinario 2019-00173 de HERNANDO BARRIOS LUJAN
contra CORPORACION CLUB EL NOGAL.

Respetuosamente salvo el voto, por considerar que la prestación personal del servicio del actor en condición de profesor de ajedrez, está amparada por la presunción del artículo 24 del CST y no se encuentra desvirtuada. Por el contrario se confirma con el tratamiento que reciben los profesores de natación y squash, con los cuales si hay contrato laboral, justificado en la mayor demanda de los socios hacia estos deportes, lo cual en mi opinión solo puede determinar una menor intensidad horaria, pero no un trato diferenciado.

Considero que el pacto sobre la posibilidad de enviar un reemplazo, el cual no se materializó, y, el hecho de no imponer sanciones ante la imposibilidad de asistencia, no desvirtúan la subordinación, mientras que la naturaleza del servicio y sus circunstancias, la hacen necesaria, dada la naturaleza y objeto social de la demandada, que requiere la satisfacción de sus

socios respecto de los servicios ofrecidos por el Club, lo cual sin horarios y una coordinación resultaría imposible.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado