



San Andrés, Isla, veinticinco (25) de julio dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Sustanciador : JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA.

Proceso : Ordinario Laboral

Demandante : Lina Marcela Hudson Rojas.

**Demandadas : Sociedades Discovery Fun Destinations S.A.S y/o
Solidariamente Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S.
Sucursal San Andrés.**

Radicado : 88-001-31-05-001-2019-00200-01

Acta N°: 9619

VISTOS

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las demandadas DISCOVERY FUN DESTINATIONS S.A.S y TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S, en contra de la sentencia de fecha diecinueve (19) de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, isla, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por la señora LINA MARCELA HUDSON ROJAS en contra de la SOCIEDADES DISCOVERY FUN DESTINATIONS S.A.S y TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S

I. ANTECEDENTES. -

1.1. Pretensiones:

La señora LINA MARCELA HUDSON ROJAS por conducto de apoderado judicial, adelantó proceso ordinario laboral en contra de la SOCIEDADES DISCOVERY FUN DESTINATIONS S.A.S y/o solidariamente TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S, sucursal San Andrés, con la finalidad de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido existente entre estas, que la actora desempeño el cargo de asesora de ventas y servicios y salario promedio mensual devengado de \$5.000.000 M/te aproximadamente, que las accionadas dieron por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa a partir del 15 de noviembre de 2019. En consecuencia, se reconozca a favor de la actora el pago o reconocimiento de prestaciones sociales tales como, auxilio de cesantías, intereses al auxilio de cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en tiempo oportuno, el pago por los riesgos de invalidez y muerte

por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2016 y el 15 noviembre de 2019, la indemnización de que trata el artículo 64 de CST, artículo 65 y el pago de las costas procesales y agencias en derecho.

1.2. Hechos:

Manifiesta la demandante que ingreso a laborar en la empresa DISCOVERY FUN DESTINATIONS S.A.S, representada legalmente por la señora Martha Consuelo Duran Medina, el 02 de enero de 2016, mediante contrato escrito, bajo la modalidad de contrato Corretaje, para el cargo de asesora de ventas y servicios, y contrario a las actividades de esta modalidad contractual, desarrollaba labores propias de un contrato realidad, en las instalaciones de la propiedad TOUR VACATION AZUL S.A.S, siempre laboró bajo continua dependencia, subordinación y remuneración de la sociedad accionada, prestando un servicio de manera personal y recibiendo órdenes directas de la señora Cecilia Cruz Quintero, que estaba obligada a vestir diariamente uniforme y sin derecho a negarse, igualmente de la sociedad eran los elementos de trabajo que utilizaba la actora a diario tales como stand, página de internet o plataforma (Discovery y On Vacación), dirección de correo electrónico, utensilios de papelería y publicidad entre otros, los horarios de trabajo eran de dos (2) turnos rotatorios, uno 8:00 am a 3:00 pm y el otro de 7:30 a 11:30 am y de 5:00 pm a 8:00 pm incluyendo sábados, domingos y festivos con posibilidad de descanso (día hábil) solicitado con previo aviso, los cuales regularmente no eran utilizados, con remuneración promedio de \$ 5.500.000. mensuales. Relata que el día 13 de noviembre de 2019 sociedad DISCOVERY FUN DESTINATIONS S.A.S convocó al personal a una reunión de carácter informativo, levantando un acta de conciliación, obligando al personal a firmarla de lo contrario se le cancelarían los contratos laborales, acto seguido el 14 de noviembre del mismo año la demandada dio por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa, siendo obligada a renunciar a sus derechos y firmar un nuevo contrato. Ante la negativa de renunciar a sus derechos adquiridos bajo la modalidad “corretaje” le fue cancelado el contrato el 15 de noviembre de 2019.

Afirma que las demandadas no la afiliaron al sistema de seguridad social en salud, que no se le cancelaron las acreencias laborales que en derecho le corresponden por haber laborado por casi 4 años con contratos sucesivos, tales como cesantías, intereses sobre cesantías, primas de servicios, indemnización moratoria y pago de aportes de salud y pensión.

1.3 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda:

El 05 de febrero de 2020, el Juzgado Laboral del Circuito admitió la demanda, ordenándose correr traslado a la parte Demandada.

1.3.1 CONTESTACIONES

1.3.1.1 DISCOVERY FUN DESTINATION S.A.S.

Dio contestación a la demanda, negó los hechos 1, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21 y 22, reconoció como cierto los hechos 5, 17, 18, 19 y 20 y parcialmente cierto el hecho 2, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que son injustas y no tener respaldo en la realidad de los hechos ni en las pruebas aportadas, como excepciones previas, propuso las que llamó, clausula compromisoria, falta de jurisdicción y competencia, falta de legitimación por activa y por pasiva; propuso excepciones de fondo: inexistencia de las obligaciones demandadas por falta de los elementos constitutivos de una relación laboral, inexistencia de solidaridad, buena fe y conocimiento profesional de la demandante, cobro de lo no debido, prescripción y falta de legitimación por activa.

1.3.1.2. TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señaló no constarle los hechos 1, 3, 4, 6, 7, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20 y 21; como cierto los hechos 5 y 17, no ciertos los hechos 2, 8, 9, 11, y 22 y con respecto al hecho 10 indicó que esta sociedad no ha tenido ni tiene vínculo alguno con la demandante, propuso excepciones de fondo: inexistencia de solidaridad, inexistencia de los elementos propios de una relación laboral, buena fe, cobro de lo no debido y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. –

El Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, en audiencia celebrada el 19 de noviembre de 2021, dictó sentencia, Declaró que entre Discovery Fun Destination S.A.S y Lina Marcela Hudson, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de diciembre de 2015 hasta el 15 de noviembre de 2019, el cual terminó sin justa causa por parte de Discovery Fun Destination S.A.S., y en consecuencia ordenó pagar a favor de Lina Hudson, los conceptos por despido injusto, cesantías, intereses sobre cesantías, primas, vacaciones, suma indexada, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria, a la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo y declaró a Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S solidariamente

responsable junto con Discovery Fun Destination S.A.S del pago de estas prestaciones sociales e indemnizaciones a que se condena.

Como fundamento de la decisión, indicó que escuchados los testigos, dieron cuenta de la prestación personal del servicio por parte de la accionante a favor de Discovery, pues junto con ella ejercían la labor de agentes vendedores de los servicios turísticos de Discovery Fun Destination, vestían camisetas tipo polo con logo de Discovery, los colores eran organizados por parte de la señora Cecilia Cruz gerente de Discovery Fun Destination, afirmaron además que la señora Cecilia Cruz era quien autorizaba los permisos, que Discovery Fun Destination les pagaba liquidando un porcentaje de las ventas y les pagaban cada 10 días, consideró el despacho que entre las partes existió una relación de carácter laboral con fundamento en el principio de la realidad sobre la forma, lo que comúnmente se llama contrato realidad, y según lo establecido en el artículo 23 del CST, existió un contrato de trabajo en el que concurrieron los tres elementos, prestación personal del servicio, continua subordinación y una remuneración. Añadió que en la accionante gravita la presunción de que trata el artículo 24 del CST, esto es que entre las partes existió un contrato laboral de trabajo, presunción que no logró desvirtuar Discovery Fun Destination SAS pues no lograron demostrar que el supuesto contrato de corretaje suscrito entre las partes existió, aunado a que no se configura en la actividad desplegada por la actora, las características de un verdadero contrato de corretaje, señaló la juez que el hecho que la actora debiera usar una camiseta con el logo de la empresa, desdibuja la autonomía que debe caracterizar un verdadero corredor, ninguna de las pruebas recaudadas desvirtuó la subordinación declarada en el artículo 24 del CST.

Con relación a los extremos temporales, declaró que existió un contrato de trabajo a término indefinido, dentro de los extremos temporales del 21 de diciembre del 2015 al 15 de noviembre de 2019 terminado sin justa causa por parte de la demandada, a pesar que se pactó un preaviso de 15 días, el contrato terminó el mismo día que se informó el 15 de noviembre de 2019, no obra ninguna otra fecha de recibido por parte de la demandante por lo que dio aplicación al art 64 del código sustantivo del trabajo. Añadió que no existe evidencia del salario devengado por la actora, no obstante, tanto la demandante como los testigos declararon que sus ingresos mensuales nunca estuvieron por debajo del salario mínimo legal mensual, en consecuencia, para que las pretensiones no sean ilusorias se presume que como mínimo la trabajadora devengaba el salario mínimo legal mensual vigente en cada año, este será en monto a tener en cuenta para realizar la liquidación de las condenas.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de las sociedades demandadas interpuso recurso de apelación, considera que se está ante un contrato de corretaje, y nunca existió vínculo laboral con la demandante dado que las actividades desarrolladas por la demandante eran propias de corretaje y por sus labores recibió siempre la respectiva comisión como se encuentra probado en el material probatorio y como fue confesado por la misma demandante, por su experiencia de más de 10 años en el área de las ventas en turismo, considera que se trata de una relación comercial que se aleja por completo de las pretensiones de la demanda. Señala que no le asiste razón alguna para que se le atiendan sus pretensiones pues no puede confundirse su labor de corredora y las obligaciones que dentro de su compromiso contractual comercial le asistían con las de una relación laboral que nada tiene que ver con lo ocurrido entre Discovery Fun Destination y la señora Hudson Rojas, afirma que se encuentra probada la libertad de la accionante para desarrollar sus actividades de corretaje, dado que era ella misma quien decidía si realizaba ventas o no, si asistía o no y se ausentaba cuando así lo quería. Relata que solo ha habido buena fe de parte de sus poderdantes y reitera que tiene muy claro que su actividad con Discovery fue meramente comercial, lo que quedo probado además con las declaraciones de los testigos quienes fueron enfáticos al ratificar que las actividades desarrolladas por la demandante se realizaban con abierta liberalidad en cuanto a horarios, subordinación, prestación personal del servicio y en general por cuanto no cumple con ninguna de las características de una relación laboral como se estableció en primera instancia.

Aduce que Tour Vacation Hoteles Azul SAS nunca tuvo vínculo laboral con la demandante, si bien se encontró probado que existió un acuerdo comercial para que Discovery Fun Destination pudiera comercializar sus servicios de venta de receptivos en establecimientos de comercio o pequeños stands que funcionaban en algunos hoteles de la cadena hotelera TOUR VACATION, ello no necesariamente constituye ningún tipo de nexo contractual o laboral con el personal que utilizaba Discovery. Aduce que no existen elementos que constituyan solidaridad alguna y la existencia de un acuerdo comercial privado, no significa que sean iguales o que la una deba asumir las obligaciones y responsabilidades de la otra y las actividades desarrolladas por la demandante no tenían ninguna relación con el objeto que desarrolla la empresa TOUR VACATION.

IV. DE LA SEGUNDA INSTANCIA

En auto de fecha 1° de febrero del año en curso se admitió el recurso de alzada, ordenándose el traslado respectivo conforme al Decreto 806 de 2020. Dentro del término legal concedido ambas partes allegaron escrito de alegatos de conclusión que se sintetizan a continuación:

La parte demandante, solicita que sea desestimado todos y cada uno de los argumentos expuestos por la demandada y en su lugar, se confirme la providencia emitida por el Juzgado Laboral de San Andrés, en la que se probó la inexistencia del supuesto contrato de corretaje y en su defecto se reconoció la existencia de una relación laboral, los elementos de un contrato bajo la primacía de la realidad sobre la formalidad, las cuales refieren la actividad personal desarrollada en favor de las demandadas, las órdenes impartidas y la subordinación. Indicó que probado quedó que de los demandados eran los elementos y locaciones que utilizaba a diario la actora, que su labor era supervisada, se le imponía horarios de trabajo, estaba obligada a portar uniformes y se encontró acreditado el despido injusto de la actora.

De otra parte, la integrante del extremo pasivo dentro del sub lite Discovery Fun, reiteró los argumentos que vienen expuestos en el recurso de alzada, que entre las partes se celebró un contrato de corretaje y nunca ha existido un vínculo laboral pues la actora por las actividades desarrolladas recibió siempre las comisiones respectivas, adujo que para la aplicación de la sanción establecida en artículo 65 del CST, se debe estar sujeto a la apreciación de los elementos subjetivos de la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono y en el presente caso no existió contrato laboral y el empresario actuó bajo esa convicción y nunca le exigió a la demandante el cumplimiento de ninguno de los elementos del contrato. Frente a la sociedad Tour Vacation Hoteles Azul SAS, alega que esta sociedad jamás ha desarrollado labores ni ha tenido vínculo laboral con la demandante, que entre las codemandadas existió un acuerdo comercial sin embargo la demandante nunca ha sido empleada directa o indirecta de Tour Vacation Hoteles Azul SAS, que Discovery Fun Destination no pertenece a la cadena hotelera de Tour Vacation Hoteles Azul SAS son sociedades diferentes con distinto objeto social, no existen elementos que constituyan solidaridad alguna y que la actividad de corretaje desarrollada por la demandante no tiene relación con el objeto que desarrolla Tour Vacation Hoteles Azul SAS pues su objeto es la prestación de hospedaje.

V. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

4.1.1. presupuestos procesales.

Esta Sala de Decisión es competente funcionalmente para revisar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, por mandato del numeral 1 del literal B del artículo 15 del CPT. Adicionalmente, revisada la actuación no se observa irregularidad procesal que pueda invalidar el proceso o que conlleve a emitir una sentencia inhibitoria, por lo que pasará a emitirse el fallo que en derecho corresponda.

4.2. Problema Jurídico.

Será objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala los siguientes problemas jurídicos; 1) Determinar si era procedente la declaratoria de existencia de un contrato realidad; 2) Definir si se configura obligación de solidaridad en el sujeto pasivo de la acción; 3) Establecer si hubo mala fe por parte de la sociedad demandada, y la consecuente indemnización de que trata el artículo 65 del CST.

4.3. Fundamento normativo y jurisprudencial:

Son fundamentos normativos bajo los que se sustenta la presente sentencia los siguientes:

Subordinación y Contrato Realidad

El Art.-23. del C.S.T. que dice: “Para que haya contrato de trabajo se requieren que concurren estos tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir realizada por sí mismo; b) la continuidad subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculte a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento... c) un salario como retribución del servicio.”

El principio de la primacía de la realidad sobre la forma rige en nuestro país de tiempo inveterado, a partir del artículo 20 del decreto 2127 de 1945 en concordancia con los artículos 23 y 24 del C.S.T., constitucionalizado en el artículo 53 con la Constitución Política de 1991, y regulado en el ámbito internacional con la Conferencia de la OIT de 2006 y la Recomendación 1998 que de allí se derivó, de los cuales se ha decantado que: i) prevalece la realidad de la relación laboral sin importar la denominación que le den las partes; ii) que probada en el proceso judicial la prestación personal del servicio, se presume que hay una relación laboral; iii) dicha presunción legal admite prueba en contrario.

Respecto al tema, la misma Corporación en sentencia de Rad. 42452 del 08 de Julio de 2015, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno, reiteró:

“ Lo anterior es así, por cuanto las demás pruebas arrimadas al plenario sí demuestran efectivamente que la demandante estuvo sometida al control y la subordinación jurídica de la entidad, razón por la cual lo manifestado por las partes en los documentos, en especial, las expresiones de voluntad de la demandante, no puede tener la prevalencia sobre la realidad, pues ello implicaría invertir totalmente el principio constitucional dispuesto en el Art. 53 de la Carta Política, en contravía con el amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre el tema.

(...) En conclusión, de lo dicho hasta el momento, el Tribunal se equivocó en la apreciación de los contratos de prestación de servicios, oferta de servicios y desistimiento del carácter laboral de la relación, pues dando prevalencia a la expresión de la voluntad contenida en ellos, desconoció y omitió que los demás medios de convicción brindaran fundados elementos para llegar a la conclusión de que en realidad la demandante mantuvo una relación de subordinación y dependencia hacia la entidad en el desarrollo de sus funciones como médico general”.

Contrato de Corretaje y sus diferencias con el contrato laboral.

Sobre este aspecto, se tiene que el contrato de corretaje es de naturaleza civil o mercantil, que no lleva implícito una relación laboral; es así como el artículo 1340 del Código de Comercio dispone: **“Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación”.**

Sobre la remuneración de los corredores, el art. 1341 Ib. Prevé: “El corredor tendrá derecho a la remuneración estipulada; a falta de estipulación, a la usual y, en su defecto, a la que se fije por peritos.

Salvo estipulación en contrario, la remuneración del corredor será pagada por las partes, por partes iguales, y la del corredor de seguros por el asegurador. El corredor tendrá derecho a su remuneración en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga (...).”.

En análisis sobre el delgado límite entre el contrato de corretaje de carácter comercial y el contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 28 de septiembre de 2005, Rad 23541, de vieja data viene decantado que:

“Pero el conocimiento que una persona tenga del mercado no es característica exclusiva del contrato de corretaje, y más bien corresponde a un amplísimo universo de contratos. Además, como se dijo, no basta una explicación para probar la autonomía en la prestación del servicio: para infirmar la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la prueba (aquí la cláusula citada y su ejecución), deben mostrar plenamente la autonomía jurídica del prestador del servicio frente a quien lo recibe, consideración legal que es igualmente obligatoria para el juez de instancia”.

Más adelante, la misma entidad en precedente SL2829 del 4 de agosto del 2020, Radicación N.º 63346, M.P., Dra Dolly Amparo Caguasango Villota), explicó: “Así, la labor del agente intermediario se limita a relacionar a dos o más personas a fin de que celebren un negocio comercial, preceptuando la norma expresamente que el corredor no estará vinculado a las partes por relaciones de mandato o representación”.

“En tal sentido, la actividad del corredor «es simplemente promocional, de facilitación o de acercamiento, y no de contratación, pues al no ser dependientes, mandatarios o representantes de los potenciales negociadores, serán éstos los llamados a concertar las voluntades, bien en forma directa, ora por conducto de sus respectivos apoderados, en todo caso distintos a la persona del mediador» (sentencia CSJ SC17005-2014; subrayado fuera del texto original). (...) Así las cosas, es claro el error jurídico del colegiado al estimar que el vínculo que existió entre la actora y la señora Blanca Lilia Vargas de Castro era un contrato de corretaje, pese a que plasmó en su providencia de forma clara que a la actora le fue conferido un poder especial para realizar determinadas actividades relacionadas con la venta de los inmuebles ² fijar precios y suscribir contrato de compraventa, entre otros-, y que fue con fundamento en ello que intervino en los negocios jurídicos celebrados, lo que denotaba la existencia de un verdadero mandato, en virtud de lo cual, la accionante llevó a cabo la prestación de servicios personales a favor de la persona natural ya referida. Así, la actora era una mandante o representante de la vendedora de los inmuebles, lo que legalmente descartaba la posibilidad de actuar como corredora; tal circunstancia implicó que el colegiado interpretara equivocadamente el artículo 1340 del Código de Comercio, en la medida que, como quedó visto, la actividad del corredor es de acercamiento y no de contratación, labor ésta última que puede ser llevada a cabo a través del apoderado -tal y como ocurrió en el caso- lo que necesariamente debe corresponder a una calidad distinta del mediador”.

Posteriormente, la misma Corporación en sentencia SL2782-2021 Rad.85359 del 08 de junio de 2021 MP. Dr. Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez, precisó:

“Es del caso recordar, que el objeto de un contrato de corretaje, regulado en la legislación mercantil, se debe restringir a poner en contacto la oferta con la demanda, por eso como lo mencionó esta Corporación en providencia CSJ SL25552015 «la condición de intermediario supone que una vez que el corredor pone en contacto a las personas que habrán de celebrar el negocio, termina su labor, pues no presta su concurso, su colaboración, ni ninguna gestión en el desarrollo del mismo», lo que no ocurrió en este evento.

“Para corroborar que, en este evento, la manera como se desarrolló el nexo entre las partes, desbordó los precisos términos del contrato de corretaje, resulta relevante memorar, como lo hizo la providencia atrás enunciada, las enseñanzas vertidas por la Sala de Casación Civil, en sentencia 11001-3103-013-2001-00900-01 de 9 de febrero de 2011, sobre los rasgos descollantes de esta tipología contractual:

“Así, la actividad de dicho intermediario se reduce, exclusivamente, a facilitar el encuentro de dos o más sujetos que tienen la voluntad de contratar; esto viene a indicar que en desarrollo de tal labor el corredor obra como un puente conductor o, si se quiere, como un vaso comunicante entre quien tiene la intención de ofrecer un bien o prestar un servicio, y aquél que desea hacerse a él.

(...) Limita su intervención a poner en contacto dos contrastes para facilitar sus negociaciones (...) su tarea queda reducida a descubrir los contrastes para ponerlos en relación directa en orden al perfeccionamiento del negocio (...) limita su actuación a las tareas preparatorias para aproximar a los interesados, comunicando las ofertas y contraofertas y allanando las diferencias entre ellos, de tal suerte que al llegar los contratantes a un acuerdo sobre las condiciones del negocio, el corredor desaparece de las escena, quedando al cuidado de las partes el perfeccionamiento del respectivo contrato en el cual no interviene ya aquel.

El agente intermediario ha merecido el nombre de corredor porque va y viene entre los contratantes en su tarea propia de lograr acercarlos para la celebración del negocio. El corredor puede recorrer estos pasos: a) buscar a la persona interesada en negociar con el comitente dentro de las condiciones y propósitos contractuales de éste; b) comunicar a la parte interesada, una vez hallada, la voluntad del comitente de concretar el negocio

e indagar las intenciones de aquél respecto de los términos de la oferta; c) trabajar el ánimo de la contraparte si no se muestra a llevar a cabo el negocio; d) transmitir la aceptación del cliente al comitente y persuadir a éste, en caso necesario, sobre los términos del negocio convenido por el corredor. En todas estas etapas de intermediación aparece bien caracterizado el papel del corredor (...)

Lo precedente permite confirmar que de las pruebas acusadas, emerge que el vínculo entre las partes no se circunscribió a un proceso de buscar la persona interesada en celebrar el contrato; comunicar a las partes; trabajar el ánimo de la contraparte; y transmitir la aceptación, puesto que, la actividad de la demandante, como se vio, trascendió esa frontera del derecho mercantil e incluso la contratante exigió disponibilidad, por ende, incurrió en el yerro de dar por acreditado, sin estarlo, que entre Vera Judith Cabrera Rasch y Comfamiliar del Atlántico, existió un contrato de corretaje, pues aunque suscribieron un documento que tiene tal rótulo, el desarrollo contractual no se adecua a los parámetros descritos de un verdadero nexo de corretaje". (Criterio reiterado en sentencias SL155-2020 Rad. 54302 del 29 de enero, MP: Dra. Dolly Amparo Caguasango Villota, y sentencia SL2782-2021 Rad.85359 del 08 de junio de 2021 MP. Dr. Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez).

Indemnización Moratoria

Sobre el carácter de buena fe para establecer la procedencia de la indemnización moratoria consagrada del artículo 65 C.S.T, estima esta Corporación oportuno recordar que la jurisprudencia y la doctrina al unísono han predicado que la sanción referida no es de aplicación automática y consecencial al reconocimiento a favor de la demandante de éste crédito laboral, sino que se impone cuando esté demostrado que la conducta del empleador no estuvo revestida de buena fe, en sentencia SL8216 del 18 de mayo del 2016, la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia con Radicación n. 47048, M.P., CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, puntualizó:

“Como puede verse, la jurisprudencia de esta Corte y la interpretación que, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, ha realizado de las disposiciones que prevén las sanciones moratorias, se ha opuesto a cualquier hermenéutica fundada en reglas inderogables y concluyentes acerca de cuándo procede o no la sanción moratoria o en qué casos hay buena fe o no. En su lugar, se ha inclinado por una interpretación según la cual, la verificación de la conducta del empleador es un aspecto que debe ser revisado en concreto, de acuerdo con todos los detalles y peculiaridades que aparezcan probados en el expediente, pues «no hay reglas

absolutas que fatal u objetivamente determinen cuando un empleador es de buena o de mala fe» y «sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro» (CSJ SL, 13 abr. 2005, rad. 24397)".

Posteriormente, en sentencia SL2804 del 7 de julio de 2021, MP., JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO, la misma corporación señaló: "De otro lado, la consagrada en el artículo 65 del CST, que se causaría a partir de la terminación del contrato, no es de aplicación automática, lo que implica que se debe analizar si el deudor tuvo razones serias y atendibles para abstenerse del pago de lo debido, como lo ha enseñado esta Corporación, entre otras, en sentencia CSJ SL1279-2018, en la que dijo:

La indemnización moratoria que prevé el artículo 65 del CST, por el no pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, tiene un carácter eminentemente sancionatorio, pues se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral.

Se debe recordar que, acorde con la jurisprudencia, la buena fe equivale a obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de probidad y honradez del empleador frente a su trabajador que, en ningún momento, ha querido atropellar sus derechos, lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de integridad o pulcritud."

4.3. DEL CASO EN CONCRETO.

Corresponde entonces a esta Corporación determinar si con las probanzas obrantes puede verificarse si entre la demandante y Discovery Fun Destinations S.A.S, se dieron los elementos integrantes del contrato de trabajo y por consiguiente acaeció una relación laboral que permita la prosperidad de las pretensiones contenidas en el libelo demandador.

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia atrás referida colige esta Corporación que aparece claro que el concepto propio del contrato de corretaje es esencialmente comercial, pero, existen eventuales puntos de encuentro con el contrato laboral, por lo

que deberá controlarse minuciosamente su práctica para evitar ejecutar las calidades y/o formas propias del contrato de trabajo.

Respecto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló las actividades, los testigos traídos a juicio por la parte activa, los señores Luis Jorge Moreno, Jorge Enrique Peña, las señoras, Georgina Luna Jiménez, Johana Piñeres Martínez y Yiset Reyes Meriño, todos éstos a su vez ex compañeros de labores coincidieron de manera unánime en que para la prestación de sus servicios recibían instrucciones por parte de la señora Cecilia Cruz Quintero quien era la representante legal y directora comercial de Discovery Fun Destination SAS, establecía los turnos y de forma decenal designaba los hoteles en los que debían ejecutar su tarea de acuerdo a la producción de cada uno, además de exigir el cumplimiento de metas tal como se evidencia de las capturas de los mensajes de datos de la aplicación de whatsapp del grupo llamando "Discovery Fun D" en el que se visualizaban como integrantes: la funcionaria en comento, la actora y otros participantes.

Asimismo, expresaron que de forma periódica la señora Cruz Quintero les hacía entrega a manera de dotación de camisetas con el logo de la compañía, y en caso de no portarla no se les permitía el ingreso a las instalaciones de los hoteles asignados, a su vez, era quien realizaba los pagos en su oficina, hacía los llamados de atención e imponía suspensiones en caso de considerarlo necesario como resultado de algún incidente en que se hubiere visto involucrado algún asesor de ventas, y era quien autorizaba los permisos o ausencias.

Por consiguiente, al ser los testigos compañeros de labores de la demandante durante el extremo temporal declarado en la sentencia en que estuvo vinculada con Discovery Fun Destination SAS, evidenciaron de manera directa el escenario en que se desarrolló la relación laboral deprecada. Véase que el servicio de asesoría de ventas con quien se pactó de manera verbal el pago de comisiones por ventas, se le impuso el cumplimiento de un horario, un reglamento, el uso de una camiseta como uniforme, se ejercía un poder disciplinante, características propias de un contrato realidad ocultándose con un ropaje de contrato comercial.

Aquí, pertinente es referir el dicho de los testigos, quienes, en algún momento del desarrollo de la relación entre las partes, fueron compañeros de Hotel o plaza con la actora. En este punto, debe recordarse que en materia de derecho laboral el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas de manera clara establece que

deberá privilegiarse lo que resulte probado en el plano fáctico sobre aquello que las partes hayan acordado por escrito en contratos, convenios, cartas o similares; dentro del paginario salta a la vista que esa delgada línea divisoria entre ambos el contrato comercial de corretaje y el contrato de trabajo se desvaneció, sin que la demandada haya demostrado que fue ejecutado en forma autónoma e independiente, quedando incólume la presunción legal atrás referida, en tanto la asesora de ventas Paola Patricia Parra Ortiz en desarrollo de sus funciones estuvo sometida a la subordinación jurídica de Discovery Fun Destination SAS empresa que vendía los toures turísticos a los huéspedes de los hoteles de la cadena Tour Vacation Hoteles Azul SAS, en las instalaciones de esta última.

Pasando a otro punto, en lo atinente a la responsabilidad solidaria entre las sociedades codemandadas lo primero que la Sala debe discurrir es que entre éstas sí existía un nexo en virtud del acuerdo comercial suscrito de fecha 12 de mayo de 2014 que tiene como finalidad “PRIMERA.- Objetivo: Las partes acuerdan aunar esfuerzos para optimizar sus operaciones comerciales y logísticas, conservando la independencia entre ellas, de esa forma TOUR VACATION se obliga a conceder un espacio en las recepciones de sus hoteles ubicados en San Andrés Isla para que DISCOVERY pueda ubicar alii stands o burbujas móviles para comercializar sus servicios turísticos receptivos, y en contraprestación DISCOVERY, se compromete a suministrar y ejecutar a favor de los huéspedes referidos por TOUR VACATION, una serie de receptivos incluidos que diariamente programará de acuerdo al portafolio que esté disponible (...)” (Expediente Digital/Primera Instancia/ PDF06Contestación Discovery pág.17).

En ese sentido, de los certificados de existencia y representación de ambas, obsérvese que la actividad económica de la Discovery Fun Destination SAS es “explotación industrial, comercial y de servicios de la industria turística de servicios y de turismo receptivo. 3 ejercer su objeto en actividades tales como las relacionadas con comercializar, vender, programar, organizar, promover, productos artísticos en general y turismo receptivo, pudiendo actuar en cualquier calidad posible, actividades que podrá racer por cualquier medio de comunicación existente, tales como internet, telecomunicaciones, comunicaciones electrónicas y cualquier otro medio existente, por sí misma, con representación de terceros en participación con estos, sin limitación de ninguna naturaleza. 4. ejercer actividades tales como: agencias de viajes y turismo, agencias mayoristas y estas y operadores de turismo (...).

Y en cuanto a Tour Vacation, obra como actividad económica “A) La explotación industrial, comercial y de servicios de la industria turística, hotelera y de los relacionados con el alojamiento, alimentación y apoyo vivencial en campamentos, cafeterías, clubes sociales, apartamentos, edificios y similares en todas sus formas. B) La representación de personas naturales o jurídicas. C) La prestación de todo tipo de servicios relacionados con la industria de los viajes y turismo de manera directa o indirecta, con recursos propios o ajenos, nacionales o extranjeros (...)”.

De manera que la solidaridad que se predica de esta última sociedad es en virtud de ser beneficiaria de la labor de venta y asesoría comercial de tours o receptivos realizada por la actora para con sus huéspedes, lo que se convierte a la solidariamente demandada Tour vacation en garante de las acreencias laborales, sin que sea exigencia legal la demostración de los elementos de la relación laboral frente a esa empresa, porque el contrato laboral es uno solo y es frente al empleador directo, como lo tiene decantado la jurisprudencia nacional. Todo lo anterior hace concluir que en este aspecto no les asiste razón a las apelantes, por lo cual esta inconformidad no está llamada a prosperar, y se impone confirmar la condena solidaria contenida en el numeral 4° de decisión impugnada.

Finalmente, en lo referente a la indemnización moratoria impuesta, será confirmada acogiendo la jurisprudencial y la doctrina que al unísono han predicado que su aplicación no es automática y consecuencial al reconocimiento a favor de la demandante de créditos laborales, sino que requiere tener por demostrado que la conducta del empleador no estuvo revestida de buena fe.

Al respecto, en autos se ha evidenciado la mala fe con la que actuó la sociedad Discovery Fun Destination SAS al haber adoptado el esquema de contrato de corretaje, en detrimento de las garantías prestaciones establecidas por el legislador en beneficio de los trabajadores, sin justificación alguna.

VI. CONCLUSIÓN

Siendo suficientemente distantes los contratos de corretaje y de trabajo, en su práctica puede hacer mutar el primero en el segundo, de tal manera que la empresa que pretenda ejecutar un verdadero contrato de corretaje deberá ser cautelosa en verificar el cabal cumplimiento de los presupuestos legales de éste, y evitar la configuración en la práctica de una relación laboral.

Radicado : 88-001-31-05-001-2019-00200-01

Sean estas las razones que conllevaran a la confirmación de la sentencia apelada y en consecuencia ante la improsperidad del recurso, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada, conforme a los núm. 3 y 6 del Art. 365 del CGP y el Acuerdo PSAA1610554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

VII.- DECISIÓN

Por lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés Islas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha diecinueve (19) de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral adelantado por la señora LINA MARCELA HUSON ROJAS contra DISCOVERY FUN DESTINATIONS S.A.S solidariamente TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. –

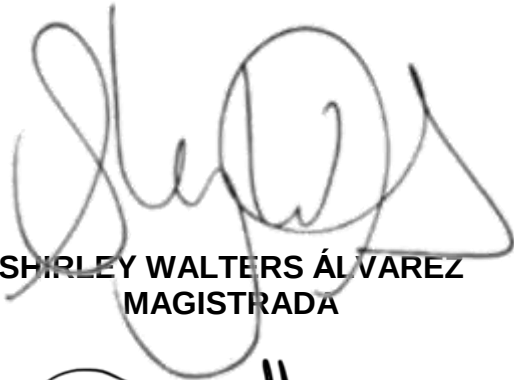
SEGUNDO: CONDENAR en costas a las demandadas para lo cual se fija como agencias en derecho el equivalente a un (1) SMLMV a cargo de cada una.

TERECRO: DEVOLVER oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CÒMPLASE



JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
MAGISTRADO PONENTE



SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
MAGISTRADA



FABIO MÁXIMO MENA GIL
MAGISTRADO