



San Andrés, Isla, once (11) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Sustanciador: Javier de Jesús Ayo Batista.

Proceso : Ordinario Laboral

Demandante : Paola Patricia Parra Ortiz.

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

Radicado : 88-001-31-05-001-2019-00199-01

Aprobado en Acta N°: 9609

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 tres (03) de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, isla, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por la señora PAOLA PATRICIA PARRA ORTIZ 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 PAOLA PATRICIA PARRA ORTIZ por conducto de apoderada judicial, adelantó proceso ordinario laboral 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 las partes, se señala que Paola Parra desempeño el cargo de asesora de ventas y servicios devengado un salario promedio mensual de \$4.000.000 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, solicita 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 1° de septiembre de 2018 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 1° de septiembre de 2018, mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido, el cual se acordó en la ciudad de San Andrés, se desarrolló bajo las ordenes de la señora Cecilia Cruz Quintero, representante legal suplente ante lo judicial y administrativo de la sociedad TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S, desempeñando el cargo de asesora de ventas de servicios durante el referido contrato, con remuneración promedio de \$4.000.000. mensuales, los horarios de trabajo eran de dos (2) turnos rotatorios, uno 8:00 am a 3:00 pm y el otro de 7:30am 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. Aduce que la sociedad demandada DISCOVERY FUN DESTINATIONS S.A.S, terminó unilateralmente el contrato el día 15 de noviembre de 2019, sin que le reconocieran ni cancelaran liquidación alguna, que siempre laboró bajo la continua dependencia y subordinación, 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 poder negarse, desarrolló sus actividades en las instalaciones de propiedad de TOUR VACATION AZUL S.A.S, a quien le pertenecían 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.

Afirma que las demandadas no la afiliaron al sistema de seguridad social en salud y en pensión, aunado a que, dentro de la vigencia de su contrato, para los últimos 6 meses laborados fue víctima de acoso laboral y sexual por parte del líder del grupo, Henaldo Díaz, esposo de la señora Cecilia Cruz, representante legal y suplente judicial y

administrativo de la sociedad TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S, una vez la actora efectuara la denuncia ante el Ministerio de Trabajo, procedió la terminación unilateral de su contrato de trabajo sin justa causa el 15 de noviembre de 2019, que según la sociedad accionada era de corretaje, proponiéndole a la actora un cambio en la modalidad del contrato y la renuncia de derechos laborales que se hubiesen adquirido en el contrato anterior, aduce la actora que ante la negativa de renunciar a sus derechos adquiridos, le fue cancelado el contrato, solo por no haber estado de acuerdo con lo planteado.

1.3 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda:

El seis (06) de febrero de 2020, el Juzgado Laboral del Circuito admitió la demanda al tenor de lo dispuesto en los artículos 25 y 74 del C.P. del T. ordenándose correr traslado de la misma a la parte Demandada.

1.3.1 CONTESTACIONES

1.3.1.1 DISCOVERY FUN DESTINATION S.A.S.

Manifestó que los hechos del 1ª 12 y 14, 15 16, 17, 19 y 20 no eran ciertos, reconoció como cierto el hecho 13 y del 18 afirmó que la sociedad no ha tenido ni tuvo vínculo laboral alguno con la demandante. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que estas son injustas y no encontrar respaldo en la realidad de los hechos ni en las pruebas aportadas, como excepciones previas propuso: clausula compromisoria, falta de jurisdicción y competencia, falta de legitimación por activa, falta de legitimación por pasiva y como 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 por parte del actor, prescripción y falta de legitimación por activa.

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

Dio contestación a la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señaló no constarle los hechos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 14, 15, 16 y 17; acepto como cierto el hecho 13, como no ciertos los 2, 9, 11,12, 19, 20 y con respecto al hecho 18 indicó que esa sociedad no ha tenido ni tiene vínculo alguno con la demandante. Propuso como 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, dictó sentencia en audiencia celebrada el 03 de diciembre 2021, resolvió: Declarar que entre Discovery Fun Destination S.A.S y Paola Patricia Parra Ortiz, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 30 de septiembre de 2018 hasta el 16 de noviembre de 2019, el cual fue terminado sin justa causa por parte de Discovery Fun Destination S.A.S., ordenó a Discovery Fun Destination S.A.S a pagar a favor de señora Parra Ortiz, 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 en el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones a que se condena.

Debía encontrar el juez de primera instancia si 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, para que exista contrato de trabajo deben concurrir tres elementos, los cuales son: prestación personal del servicio, continua subordinación y una remuneración.

Como fundamento de la decisión, indicó que los testigos escuchados dieron cuenta de la prestación personal del servicio 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 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 la juez 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, portar un carnet, ubicarse en los stand de Discovery, en las recepciones de los hoteles, todo ello desdibuja la autonomía que debe caracterizar un verdadero corredor, ninguna de las pruebas recaudadas desvirtuó la subordinación declarada en el artículo 24 del CST, en consecuencia declaró que entre la señora Parra Ortiz y Discovery Fun Destination SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido.

Con respecto a los extremos temporales consideró que aun cuando no está demostrado el día exacto de ingreso de la accionante, de acuerdo al criterio señalado por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe presumirse que por lo menos laboró el último día del mes del que se tiene certeza, quedando establecido los extremos temporales de la relación laboral así: del 30 de septiembre de 2018 al 16 de noviembre de 2019, este último demostrado por cuanto este día Discovery informo a la señora Paola Parra que su vinculación terminaba (ver pag.16 del archivo pdf 02 anexos folio 1870) añadió que hay que tener en cuenta que no se evidencie la justa causa para dar por terminado un contrato que nunca firmó, pero que en la práctica se desarrolló uno laboral de trabajo, condenó a la sociedad Discovery al pago de una indemnización por despido injusto y al pago de una indemnización moratoria, pues las conductas desplegadas por esta estuvieron alejadas de los postulados de buena fe, concluyó la juez que para precaver un mayor problema que se les venía extendiendo en el tiempo con los supuestos corredores, la sociedad Discovery Fun destination SAS intentó regular la situación suscribiendo con la demandante un contrato de trabajo, sin que haya distinguido la sociedad, desde un inicio que el contrato de corretaje que pretendía ejecutar, era en realidad un contrato de trabajo.

En cuanto a los pagos de la seguridad social, declaró que la sociedad Discovery Fun Destination SAS, no efectuó el reconocimiento de los aportes a la seguridad social a favor de la demandante y declaró la solidaridad de Tour Vacation Hoteles Azul SAS en el pago de las prestaciones e indemnizaciones a que se condena a pagar a Discovery Fun Destination SAS, pues se evidencio el nexo causal entre el acuerdo comercial celebrado entre las empresas y la actividad de la accionante.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada judicial de las sociedades demandadas presentó recurso de apelación, considera que no se configuran los elementos de un contrato laboral, que la presentación personal del servicio no se encuentra debidamente probada excepto por las manifestaciones de la demandante y los testigos que tienen interés en el proceso, que no existe la subordinación toda vez que la demandante era muy liberal en la ejecución de sus actividades mercantiles, pues las desarrollaba en el tiempo que ella dispusiere y sus comisiones dependían de la cantidad de ventas que se concretaran, respecto a la remuneración, reitera que la actora recibía comisiones propias del contrato comercial ejercido, que las actividades desarrolladas por esta son propias del contrato de corretaje, que quedó demostrada su experiencia en el área de ventas en turismo, actividad que ha ejercido a través de empresas como Rolling San Andrés que es de propiedad de su esposo y donde incluso, venden otros toures, lo mismo quedó demostrado con la sociedad Explora true SAS a través del tour Rocky Cay, todo ello aleja por completo las pretensiones de la demandante. Considera que no procede la sanción del artículo 65 del CST, pues esta debe estar sujeta a examen de apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador y en el caso concreto no existió contrato laboral, la empresa siempre actuó bajo esa convicción y nunca le exigió a la demandante el cumplimiento de los elementos de un contrato de trabajo laboral y el hecho de coordinar las actividades de los corredores no debe tomarse como mala fe o indicio de contrato de trabajo (Sentencia marzo 16 de 2005 expediente 2387, Sala Laboral de la Corte Suprema). Reitera que no opera la solidaridad con Tour Vacation Hoteles Azul SAS, por cuanto esta sociedad no comercializa servicios de receptivos o toures, no siendo entonces beneficiarios de las actividades comerciales desarrolladas por la demandante. Solicita analizar de manera completa las pruebas y testimonios y revocar el fallo de primera instancia.

IV. DE LA SEGUNDA INSTANCIA

En auto de fecha 28 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 sentencia en la que se probó

la inexistencia del supuesto contrato de corretaje y en su defecto se reconoció la existencia de una relación laboral que surgió de un contrato verbal, así como que jamás le fue pagada la seguridad social a la actora, se acreditó la mala fe de las demandadas, aduce que demostrado quedo también el tiempo de duración de los servicios prestados por la accionante a las sociedades demandadas a través de contrato verbal del 1° de septiembre de 2018 y prolongado hasta el 16 de noviembre de 2019 y aunque se haya alegado profesionalismo de la demandante esto no exime a las sociedades demandadas de su responsabilidad por el vínculo laboral que existió, probado quedó que los elementos y locaciones que utilizaba a diario la actora pertenecían a las demandadas, 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 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. Fundamentos normativos y jurisprudenciales:

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 nexa 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 en el 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. CASO 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 se colige 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, Luis Jorge Moreno, Georgina Luna Jiménez y Lina Marcela Hodson Rojas, 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 Sra. Cecilia Cruz Quintero quien era la representante legal y directora comercial de Discovery Fun Destination SAS, quien era la que 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 visualizan 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 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 las aseveraciones de los testigos, quienes en algún momento del desarrollo de la relación laboral entre las partes, fueron compañeros de Hotel o plaza con la actora: El señor Luis Jorge Moreno Lozano manifestó, cuando se le pregunta si la señora Paola Parra portaba un atuendo distintivo o debía usar algún vestuario para prestar sus servicios: “ella igual que yo trabajaba bajo las mismas condiciones, ella estaba obligada igual que yo a portar el uniforme, no podíamos laborar en los hoteles si no teníamos el uniforme, (orden directa de la señora Cecilia Cruz”. (Minuto 0:31:50). El uniforme consistía en una camiseta tipo polo de varios colores, por cada día se cambiaba el color de la camiseta, esta camiseta tenía el logo de Discovery Fun Destination on Vacation en el pecho en el lado izquierdo y las primeritas camisetas que nos dieron las más antiguas tenían el logo también atrás en la espalda. Adicionalmente pues también debíamos portar el carné de identificación y con jean azul y zapato tenis (Minuto 0:30:23).

Por su parte la señora Georgina Luna indicó: “nosotras portábamos uniformes una camiseta con un logo de on vacation y su respectivo carné, no podíamos entrar a las instalaciones sin el uniforme y sin el carné. Era una camiseta de colores, cada día de la semana era un color diferente, no nos permitían usar sandalias, ni chanclas, solamente tenis, jean azul oscuro sin rotos y la camiseta de Discovery on vacation, de puño y letra la señora Cecilia Cruz anotaba cuando nos hacían entrega de las camisetas que color pertenecía cada día, no podíamos ir con la camiseta de otro día porque también era un problema”. (A partir del minuto 1:12:03) Lina Hudson precisó: (hablando de la señora Paola Parra) “La veía con el uniforme, jean, zapato cerrado y la camiseta de Discovery”. (minuto 1:33:27) manifestó: “todos debíamos portar la camiseta que nos identificara como funcionarios y nos permitiera movernos con libertad dentro del hotel”. (minuto 1:36:29).

Con respecto a los horarios, el señor Luis Jorge Moreno, indicó “la señora Paola Parra cumplía junto conmigo, cumplía horario en los meses que estuvo conmigo, igual nosotros debíamos ingresar al hotel antes de 8:00 am, yo la dejaba a ella en el hotel sea horse atendiendo, si había mucho turista yo me quedaba junto con ella hasta que descongestionáramos y pudiéramos atender a la mayoría de los huéspedes y luego la dejaba en el hotel para que siguiera atendiendo y yo me iba a atender los otros dos

hoteles porque eran hoteles más pequeños y yo podía atenderlos solos mientras a ella yo la dejaba atendiendo en el hotel sea horse y los horarios se podían extender inclusive hasta las 10, 11 de la noche yo podía estar atendiendo personas en el hotel sea horse. (minuto 0:26:20). De igual manera la señora Georgina Luna ante la pregunta de si la señora Paola Parra cumplía horarios señaló: “si claro, ella entro inicialmente a unos hoteles pequeñitos, pero seguidamente entro al hotel cove que era el hotel más estricto, más exigente entonces pues si era el que más ganaba entonces ese era el que más había que trabajar por que a diario llegan 200, 300 pasajeros y era la fila de personas que tenían que programar los tures incluidos”. (minuto 1:07:45), seguidamente indicó: “Entonces ella estaba en el hotel cove, le tocaba unos horarios extenuantes, entraba a las 7:30 am me consta porque German que era mi pareja también pasaba, vivía en el hotel cove” (minuto 1:08:28).

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, pues la demandada no demostró que el contrato haya sido 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.

En lo atinente a la responsabilidad solidaria entre las sociedades codemandadas debe inferirse que entre éstas sí existía un nexo en virtud del acuerdo comercial suscrito de fecha 12 de mayo de 2014 que tuvo 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).

De los certificados de existencia y representación de ambas empresas, 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 hacer 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 persé 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. Por todo lo anterior ha de concluirse que no les asiste razón a las apelantes, por tanto, esta inconformidad no está llamada a prosperar, lo que impone la confirmación de la condena solidaria contenida en el numeral 4° de la decisión impugnada.

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. 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.

Por estas razones se procederá a confirmar 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 tres (03) de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral adelantado por la señora PAOLA PATRICIA PARRA ORTIZ 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. –

Radicado : 88-001-31-05-001-2019-00199-01

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.

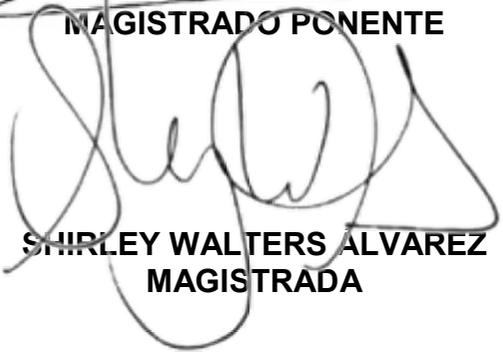
TERECRO: REMITIR oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

La presente sentencia queda notificada a las partes en estrados, y contra la cual no procede recursos ordinarios. –

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
MAGISTRADO PONENTE



SHIRLEY WALTERS ALVAREZ
MAGISTRADA



FABIO MAXIMÓ MENA GIL
MAGISTRADO