

TEMA: CONTRATO REALIDAD – Quien alega su existencia debe probar al menos la prestación personal del servicio y la remuneración recibida, y de ese modo se encuentra en una situación de ventaja frente al presunto empleador, quien en todo caso tiene la posibilidad de desvirtuar tal presunción/

TESIS: Se colige que existe un contrato de trabajo cuando se presentan los tres elementos referidos, como la prestación personal del servicio, subordinación y salario, cuyo elemento base es el segundo de los aludidos, que se refiere a la facultad subordinante y sancionatoria del empleador sobre el trabajador, representada en la imposición de reglamentos, órdenes, vigilancia, control de la actividad prestada en forma permanente, sin que se vea desnaturalizada la condición del contrato en razón de la denominación que se le dé a la remuneración, la forma de ejercer la labor, el lugar o tiempo que se disponga para ello. Quien alega su existencia debe probar al menos la prestación personal del servicio y la remuneración recibida, y de ese modo se encuentra en una situación de ventaja frente al presunto empleador, quien en todo caso tiene la posibilidad de desvirtuar tal presunción, demostrando que la relación no fue subordinada, sino que, por el contrario, fue autónoma e independiente o que se rigió mediante un contrato de otra naturaleza jurídica. (SCL CSJ radicación 36.549) Ello no releva a quien alega su existencia de la obligación de acreditar que tal servicio se desarrolló no sólo de manera personal, sino además continuado, dependiente y remunerado; los extremos temporales y los parámetros bajo los cuales se desarrolló, pues la prosperidad de lo pretendido depende de ello. Es innegable que la modalidad empleada por la demandada es una manera admisible de publicitar una empresa, claro está, siempre y cuando las formas adoptadas en cada caso respeten la legislación que rige cada materia, y ello fue lo que precisamente NO ocurrió, pues aunque en principio es dable tener vendedores externos, libres de manejar su tiempo, remunerados de acuerdo al número de unidades que vendan, sin ser sujetos a un horario y que sólo siguen unas directrices generales dado que deben tener un conocimiento general del producto que publicitan, lo cierto es que cuando tal libertad es limitada, cercenada, se imponen horarios, median órdenes, se fija el lugar de encuentro, se supervisa la actividad ejercida, se crean grupos de trabajo, se asignan eventos, esa realidad choca con lo previamente acordado, mutando la naturaleza del vínculo. En otras palabras, una cosa es una persona que vende unos servicios, que puede decidir qué día y hora hacerlo, y otra muy diferente un asesor que también comercializa un producto, pero NO puede decidir libremente las condiciones de modo, tiempo y lugar, sino que estas son impuestas por la empresa contratante, quien por demás controla y vigila la labor encomendada, incluso suministra elementos de trabajo y otras herramientas para el cumplimiento de las tareas a desarrollar.

MP. ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA. 15/06/2023

PROVIDENCIA. SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, quince de junio de dos mil veintitrés

S19-043

Proceso: ordinario laboral- consulta
Demandante: **MARGARITA ROCIO EUSSE ZULUAGA**
Demandado: **HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S.**
Radicado No.: 05001-31-05-009-2017-00700-01
Tema: contrato realidad
Decisión: **REVOCA y en su lugar CONDENA**

Link: [19-043 \(009-2017-00700\)](#) expediente digital

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a conocer el proceso de la referencia en el grado jurisdiccional de consulta.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 19** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras declararse la existencia de un contrato de trabajo desde el 12 de abril de 2013 hasta el 7 de julio de 2016, así como la ineficacia del despido, se condene a HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. a reintegrarla en un cargo de iguales o mejores condiciones, junto con el pago de salarios y prestaciones causados durante su desvinculación, o subsidiariamente la indemnización por despido injusto prevista en el art. 64 del CST, y la sanción de un día de salario por cada día de retraso. Además, solicita que se ordene el pago de las primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías por todo el tiempo que perduró el vínculo, junto con la sanción moratoria prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990 por

la no consignación de las cesantías a un fondo. El reintegro del 100% de los aportes efectuados a la seguridad social. Las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos. La indexación de las condenas y las costas del proceso.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:

- ✓ Que laboró para la demandada desde el 12 de abril de 2013 hasta el 7 de julio de 2016, lapso en que ella asumió el 100% del costo de los aportes a seguridad social.
- ✓ Que desempeñó las funciones de jefe de sala, cerradora (closer) y supervisora, es decir, dirigir, reunir, exigir y coordinar los vendedores a su cargo; efectuar reportes; asignar el vendedor que atendería un cliente; autorizar y firmar las ventas; supervisar stands de centros comerciales. Lo anterior bajo la dependencia de los directores comerciales John Raúl Rave, o administrativos como Samir Manjarrez, Nancy Torres, Maritza Pulgarín, entre otros, los cuales imponían órdenes, metas, reglamentos y cumplimiento de horario. Que incluso sino llegaba puntual a la sala de ventas no se le pagaba el spiff diario (comisión).
- ✓ Que las salas comerciales se encontraban ubicadas en Diez Hotel Medellín.
- ✓ Que su jornada de trabajo iniciaba a las 8:00 am y se podía extender hasta las 10:00 pm o 12 pm. Domingos y festivos 10:30 am a 5:00 pm. Sábados de 1:00 pm hasta las 7:00 pm
- ✓ Que por dicha labor recibía un promedio mensual de \$4.085.000 abonados a su cuenta de ahorro, además de \$800.000 en efectivo como garantizado y/o auxilio de vivienda, más \$80.000 semanales, para un total de \$5.205.000.
- ✓ Relata el trato y palabras insultantes que provenían de la administradora Maritza Pulgarín, así como sus regañones, gritos, especialmente cuando el 22 de junio de 2015 su hermano, quien también laboraba para la demanda, sufrió un terrible accidente de tránsito, que generaron largas hospitalizaciones y consecuentemente permisos, que le eran denegados, anualidad en la que además quedó en embarazo, lo que la llevó a instaurar una denuncia ante la Oficina Regional del Trabajo, que posteriormente retiró por temor a que la despidieran, aunado a que económicamente le iba muy bien con la compañía.
- ✓ Que producto de ese maltrato fue despedida, con aseveraciones falsas y persecución laboral por parte de Maritza Pulgarín, quien influyó para que se adoptara dicha determinación mediante misiva del 7 de julio de 2016.
- ✓ Que le adeudan los haberes que deprecia.
- ✓ Que el 28 de diciembre de 2016 Hoteles Decameron Colombia le dieron respuesta parcial a su reclamación, evadiendo sus responsabilidades legales.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. controversió el derecho pretendido e indicó frente a los hechos que eran ciertos los relacionados con la prestación del servicio, no así la naturaleza del mismo, aduciendo que el suscrito era un contrato comercial denominado *contrato de servicios profesionales de vendedor*, para efectuar la labor de *closer*, actividad que ejecutó entre el 12 de abril de 2013 y 7 de julio de 2016 cuando lo terminó unilateralmente por los motivos allí esbozados. Niega el promedio de remuneración aludido, la existencia de subordinación o el cumplimiento de un horario y aclara que eran los vendedores quienes autónomamente programaban los lugares donde querían ejecutar las ventas, fuera en un stand de un centro comercial o en determinado hotel para comercializar el programa denominado MULTIVACACIONES DECAMERON, contando con libertad para asistir o no a cada evento, aunque sus mayores o menores ingresos dependían del tiempo, esfuerzo y dedicación en la labor, transfiriendo la remuneración percibida a la cuenta bajo el concepto de *abono por pago a proveedores*. Que al otear los extractos bancarios, se podía indicar la existencia de las siguientes consignaciones por comisiones y auxilio de gasolina, así:

MES	COMISIÓN	AUXILIO GASOLINA
Junio de 2015	\$1.520.209	\$800.000
Julio de 2015	\$1.180.128	\$800.000
Agosto de 2015	\$1.139.560	\$800.000
Septiembre de 2015	\$2.286.848	
Octubre de 2015	\$2.670.525	
Noviembre de 2015	\$733.038	
Diciembre de 2015	\$324.176	
Abril de 2016	\$263.420	
Mayo de 2016	\$2.362.268	
Junio de 2016	\$4.153.569	

Que en enero, febrero y marzo de 2016 no quiso ejecutar el contrato, y por ello nada se ve reflejado. Igualmente advierte que la accionante se vinculó al sistema de seguridad social integral pero era la empresa la que efectuaba las cotizaciones a través de una planilla especial denominada *planilla Y*, utilizada para personal independiente, vinculado a una empresa por contrato de prestación de servicios, cotizándose sobre una base del 40% de los ingresos mensuales, sin que el mismo pudiese ser inferior al SMLMV. De otro lado, niega que alguien de la compañía hubiese dado tratos inhumanos o descorteses, tampoco ha tenido conocimiento de queja por acoso laboral. Que por las razones expuestas siempre ha actuado de buena fe, que NO reconoció los haberes que se deprecian ya que la actora era una contratista independiente, y que dio respuesta a la petición elevada por la demandante, cosa diferente es que NO lo hiciera de la manera esperada por la peticionaria.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 20 de febrero de 2019, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín ABSOLVIÓ a la sociedad demandada de la totalidad de pretensiones formuladas en su contra por la señora Margarita Rocío Eusse, a quien condenó en costas fijando como agencias en derecho la suma de medio SMLMV.

Dentro del término legal, la parte con interés para recurrir NO interpuso recurso de apelación, habiéndose enviado el expediente para surtir el grado jurisdiccional de consulta dado que la decisión fue totalmente adversa a la demandante.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

De cara a la naturaleza del vínculo contractual y los elementos regulados en el art. 23 del CST, señaló que cualquier contrato implicaba una prestación personal del servicio y una remuneración, aspectos que claramente se evidenciaban en el asunto analizado donde la contraprestación por comisiones de acuerdo a las ventas, comportando la subordinación el criterio que diferenciaba si la naturaleza de la relación que unía a las partes era civil o laboral.

Bajo este contexto, advirtió que cuando Hoteles Decameron Colombia aceptó que la señora Margarita Rocío Eusse les prestó sus servicios, y que incluso existía una cláusula de exclusividad en el convenio (no vender de otras empresas el mismo producto), operó en favor de esta última la presunción estipulada en el art. 24 ibídem que la desligaba de la carga de acreditar las órdenes recibidas, un horario, una jornada, que por demás adquirirían otros matices, resultando irrelevantes, cuando la remuneración era a destajo y no dependía de la hora laborada, sino por cantidad o capacidad laboral.

Empero, consideró que dicha presunción fue desvirtuada, no sólo desde el clausulado del contrato de servicios profesionales como vendedor que fue suscrito por las partes, el cual analizó, sino además en la forma en cómo se ejecutaron las actividades a la luz de la primacía de la realidad, aspecto verificable a través de los dichos del único testigo, según el cual la demandante NO supervisaba personal ni era jefe de sala, o jefe de zona o coordinadora de grupo, únicamente ejerció funciones como vendedora a los potenciales clientes que son citados a una reunión, donde presenta un producto (con sus características, valores y forma de pago) un al lograr una aceptación, es el personal administrativo y vinculado, quienes elaboran y cierran el contrato con el cliente. Destaca

que a voces del testigo NO existía horario, otra cosa es que se citaran a las sesiones con clientes, llevadas a cabo a las 6:00 pm, no había un horario de terminación, dependía del número de clientes que asistieran, indicando además que si el vendedor NO iba, pues nada pasaba, sólo no percibiría remuneración; negó que existieran órdenes suministradas por personal administrativo, pero sí reconoció que habían reuniones para efectos de capacitarlos sobre variables en el producto vendido o dar instrucciones de las ventas, pero sin determinar su periodicidad o duración, o la imposición de sanciones disciplinarios por no acudir.

Igualmente señaló que el art. 98 del CST regulaba contratos especiales como agente vendedor viajero, y para ejercer dicha actividad se requería una licencia, para el caso inexistente, precisamente porque la accionante no estaba atada a un contrato de trabajo, pues de lo contrario debía contar con una licencia para ejercer esa profesión.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR LA DEMANDANTE

Comenzó por recordar cual era la pretensión, cimentada en la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en virtud del cual debía examinarse la acreditación del elemento de subordinación, aspecto en el que destaca algunas situaciones alertadas por la Corte Constitucional para establecer su existencia, como la aplicación de un horario de trabajo, la asignación de turnos o la obligatoriedad de “marcar tarjeta” al ingreso al lugar de trabajo, los llamados de atención por escrito o vía correo electrónico o el reconocimiento de viáticos, factores determinantes para suponer la subordinación de una persona hacia un jefe o una organización.

Cita múltiple jurisprudencia sobre los contratos de prestación de servicios que ocultan contratos de trabajo, para destacar que cuando una empresa privada como HODECOL SAS, contrata una persona para desarrollar su programa de ventas de MULTIVACACIONALES DECAMERON, debe asumir costos adicionales diferentes al salario, como las cargas prestacionales, los parafiscales y los aportes a la seguridad social. Expresamente indica que:

Por eso se estima que a una organización en Colombia le cuesta 1.52 veces más tener un empleado, adicional al salario que devenga.
Las cargas prestacionales están constituidas por las primas de servicios, las cesantías (con sus intereses) y las vacaciones.

También es oportuno señalar que los pagos parafiscales le representan a la compañía el 10% del salario del empleado cada mes, además de rubros por dotaciones, gastos funerarios, liquidaciones de contratos, incapacidades y licencias de maternidad, además de indemnizaciones por despidos sin justa causa.

El panorama para los “contratistas” de la demandada HODECOL SAS, es bien distinto, honorables Magistrados. La organización únicamente debe pagar el valor del porcentaje de las comisiones por ventas acordado en el contrato por el servicio, nada más, ni primas, cesantías, vacaciones, etc. Adicionalmente hay que resaltar que a la denominada “contratista” se le efectúa retención en la fuente según sus honorarios mensuales y la responsabilidad por la cotización al Sistema de Seguridad Social corre por responsabilidad propia.

Estas condiciones suponen una considerable desventaja de mi pupila, con respecto a las personas que gozan de un contrato de trabajo, y en consecuencia van en contravía de los conceptos de trabajo digno que ha promulgado la OIT y que Colombia por vía de bloque de constitucionalidad ha adoptado. Y es por ello que mi representada debió acudir a las instancias judiciales para obtener el reconocimiento de su relación contractual laboral de acuerdo a la manera en la que desempeño su trabajo, con lo cual le pretende obtener todo lo adeudado por la ejecución de la labor por la que fue contratada.

El suscrito representa a varios extrabajadores de la demandada HODECOL SAS, al parecer esta práctica evasiva y violatoria de los derechos laborales de sus trabajadores es el modus operandi de la demandada, es un comportamiento sistemático con estos supuestos de contratación, que permea el ordenamiento jurídico laboral, quiebra la legalidad, al amparo aparente de una norma, esta figura denota un proceder que superficialmente se ajusta a la ley, pero que en verdad infringe la legislación, pues busca burlarla o evadir sus efectos y generalmente supone perjuicios o defraudación y engaño a sus trabajadores, pues se aprovecha de la necesidad de sus empleados, como en el caso de mi cliente, madre cabeza de familia, en embarazo y con su hermano Oswaldo en la clínica que casi pierde la vida, en accidente laboral, trabajando para demandada; lo cual no puede ser considerado como un actuar de buena fe, más cuando es una gran compañía que tiene un gran bufete de abogados laboralista, que quieren presentar que actuaron con buena fe exenta de culpa.

En el proceso de mi cliente, el Señor DIEGO ARMANDO CASTRILLON, con radicado 017 2017 00271 00, el juzgador de primera instancia, declaro la existencia de relación laboral regida por un contrato de trabajo y condeno a HODECOL SAS, al pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos adeudados; en fallo de segunda instancia el honorable M.P. CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES, confirmo la sentencia de primera instancia y concedió las indemnizaciones moratorias; ante lo cual la demandada interpuso recurso de casación, el cual fue resuelto el 6 de diciembre de 2021, fallando a favor de mi cliente y condeno a HODECOL SAS al pago de todo lo adeudado.

En el proceso de mi cliente, el Señor JUAN ANTONIO VASQUEZ, con radicado 013 2018 00024 00, el juzgador de primera instancia, declaro la existencia de relación laboral regida por un contrato de trabajo y condeno a HODECOL SAS al pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos adeudados, ante lo cual la demandada apelo y no se ha resuelto la segunda instancia.

En el proceso de mi cliente, el Señor JAVIER FERNANDO MARTINEZ, con radicado 014 2017 00767 00, el juzgador de primera instancia, que fue el JUZGADO 25, EL DIA 28 DE MARZO DE 2022, declaro la existencia de relación laboral regida por un contrato de trabajo y condeno a HODECOL SAS al pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos adeudados, la apelación no ha sido resuelta en segunda instancia.

Así podría el suscrito, citar a esta Honorable Magistratura, un sin número de procesos de extrabajadores, vendedores profesionales de su programa MULTIVACIONALES DECAMERON, donde ha sido demandada HODECOL SAS y ha sido condenada en primera, en segunda instancia y aun en casación, como ya se anotó anteriormente, en casos con el mismo fundamento factico y jurídico como el que nos ocupa en este escrito, pues además, los favorecidos por las condenas laborales, fueron compañeros de trabajo de mi representada MARGARITA EUSSE, ejercieron en la compañía los mismos cargos que también ejerció mi cliente, como lo son LINER, CLOSER, JEFE DE SALA y JEFE DE MERCADEO; pues en muchas oportunidades, los unos eran jefes, los otros LINER, closer o gerentes; pues la compañía los rotaba acorde al volumen de venta en los diferentes puesto y funciones; esto está probado en el proceso, pues solo basta para encontrar los nombres de estos compañeros de mi representada y de ella, en la prueba documental obrante en el expediente físico, folios 49 al 89, dichos folios también obraron como prueba en los procesos de los tres demandantes descritos en los tres párrafos anteriores de este escrito.

En este proceso está plenamente probado la trilogía de elementos que estructuran una relación laboral regida por un contrato de trabajo, como es la prestación personal del servicio, la remuneración y la continua subordinación de mi representada por parte de HODECOL SAS; contrario a lo afirmado por el A Quo, este último elemento, si queda totalmente probada, solamente que el juzgador de instancia no hizo una valoración integral de la prueba, no las valoro en conjunto, acorde a las reglas de la sana crítica, con la prueba documental y los interrogatorios de parte, sino que solo baso su motivación de la escueta sentencia, en los dichos de paso del declarante José Raúl Fuentes, quien para el momento de su declaración trabajaba para la demandada HODECOL SAS, con total dependencia y subordinación de esta compañía. Lo cual afecta su credibilidad y parcialidad de su testimonio.

Es claro el elemento de SUBORDINACION Y DEPENDENCIA CONTINUA por parte de la demandada HODECOL SAS, y contrario a lo dicho por el fallador de primera instancia, la demandada no logro desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C. S, del T., derivada de la prestación personal del servicio; porque de la prueba recaudada, analizada en su conjunto, (deber que omitió el A Quo) se desprenden los elementos de juicio suficientes para afirmar la existencia y subordinación como lo son:

- La carencia de una auténtica organización empresarial autónoma por parte de la demandante,
- La ausencia de trabajadores dependientes al servicio de ésta, así como de una infraestructura proporcionada por él para la ejecución de la labor encomendada por HODECOL SAS;
- El pago de una remuneración, semejante a la que es propia de cualquier trabajador subordinado; (ver folios 36-48 y 91-93) pagos por comisión, más un salario básico de \$800.000, que era disfrazado por la demandada con el nombre de "garantizado" y era pagado en efectivo, como lo confiesa R. L. de la compañía, el Sr Forero, a minuto 49 y s.s. del audio.
- La imposición de metas de ventas y el reconocimiento de incentivos por la ejecución de las mismas. (Ver folios 51, 56, 57, 90 y 86-89) metas que eran impuestas y no concertadas con la demandante.
- Más, la obligatoriedad de cumplimiento de horarios y de reuniones programadas por la accionada, en las que se impartían instrucciones y lineamientos sobre las ventas; (Ver folios 52) Donde el Jefe de Sala, JUAN VASQUEZ, en una reunión obligatoria y donde la suscriben los asistentes, entre ellos mi pupila, deja plasmados los horarios en que deben asistir los CLOSER Y LINER de la compañía. Además, impone metas para el mes de noviembre de 2014, y en su numeral 4 de dicha acta, les informa que no hay días libres en el mes de noviembre.

Además, en el numeral 5 de dicha acta de reunión, se les impone una evaluación de resultados o efectividad, lo anterior se enmarca en dar órdenes e instrucciones, tomar asistencia a las reuniones, etc. elementos típicos de la subordinación laboral.

Respecto de los horarios de trabajo el R. L. de la compañía, el Sr Forero, a minuto 45 del audio de audio denominado en el expediente digital "2017-700.mp3" afirma que las salas de venta solo estaban abiertas a determinada hora, solo en ese horario se encontraban disponibles, solo en ese horario eran citados los potenciales clientes que eran citados a las salas de ventas, y eran citados por la parte mercaderista de HODECOL SAS, sin intervención alguna de la demandante, es más, el declarante José Raúl, afirma en el audio a 1:10" que hacer una venta por fuera del evento de los citados en sala de ventas "es un caso muy remoto".

Es así que HODECOL SAS, es quien definía el tiempo, modo y lugar de la prestación de la labor, definía en que salas o stands, se atendía las potenciales familias prospecto; elemento que da cuenta de la subordinación y dependencia continua de la trabajadora MARGARITA, por parte de su empleador.

También el declarante José Raúl, imponía horarios de forma estricta y sin posibilidad de variarlos, solo basta con ver el folio 96, donde el 10 de julio de 2013, le envió un correo a mi cliente, afirmando:

"... vamos a seguir trabajando familias directas desde los centros comerciales con horario entre semana de 5 a 8:00 pm, para los sábados de 1:00 a 6:00pm y los domingos y feriados de 11:00 a 4:00pm, ..."

- el reporte de novedades relacionadas con la labor prestada y,
- el dominio o supremacía de la demandada en la forma y lugar de prestación del servicio, indelegable y con disponibilidad según las necesidades y lineamientos de ella.

– Su cargo como representante de ventas, el cual era parte esencial del objeto social de la accionada, relativo a la comercialización de servicios turísticos en hoteles, lo cual era suficiente para dar por acreditada la sujeción de la trabajadora y, por consiguiente, la existencia del contrato de trabajo entre las partes.

Y cuando todos los anteriores elementos, ofrecen alguna dificultad, es determinante quien asume el riesgo del negocio, para saber si existe subordinación o no, y en el caso que nos ocupa, el riesgo era asumido por HODECOL SAS y la demandante tampoco realizaba la labor con sus propios medios, ni con libertad ya autonomía.

También se equivocó el Juez de Instancia, que la demandante no acreditó que fuera JEFE DE SALA, CLOSER, JEFE DE MERCADEO, pues a folios 49-52, entre muchos otros folio de la prueba documental hay suficiente material que no fue valorado por dicho Juez, que dan cuenta que cumplió las funciones de CLOSER; también a folios 67, 68, 71, dan cuenta que cumplió las funciones de JEFE DE SALA y en el Folio 68, informe detallado liquidación de comisiones 30%, da cuenta que también ejerció el cargo de JEFE DE MERCADEO.

Aunado a lo anterior, mi representada debía acatar órdenes específicas, que desde el inicio le fueron impuestas, para ello no es sino remitirnos al contrato aportado al expediente por la demandada a folios 185 a 191, en la cláusula TERCERA, donde las mal llamadas OBLIGACIONES DEL VENDEDOR, aparecen obligaciones propias de un TRABAJADOR SUBORDINADO como realmente lo era la actora y no son unas simples directrices de coordinación, o supervisión, como lo quiere hacer ver la demandada HODECOL SAS, sino de UNA plena SUBORDINACION.

a) Cumplimiento de metas convenidas con LA CONTRATANTE, presupuestos de ventas comerciales que no fueron consensuadas con la demandante, sino que fueron impuestas por HODECOL SAS, d) Asistir a las reuniones a las que sea convocadas, no hay opción de no asistir a las reuniones, son obligatorias.

A folio 55, del libelo, en una COMUNICACIÓN INTERNA ó CIRCULAR, dada por el Señor SAMIR MANJARREZ, Director Comercial de HODECOL, da órdenes a los jefes de sala para que puedan pagar los garantizados de los CLOSER siempre y cuando haya puntualidad en los horarios, NO llamados de atención, cumplir metas de producción, NO AUSENTISMO en la sala. COMUNICACIÓN QUE FIRMA también DIEGO CASTRILLON y mi representada, como JEFES DE SALA para ese momento.

La Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Laboral, Exp. 33849 de 2009; M.P. Dr. Luis Javier Osorio López; en un caso idéntico al que nos ocupa, cuya demandante era una vendedora de tecnología, estableció la existencia de un contrato laboral, señaló que habían elementos suficientes e indicativos de subordinación o de dependencia laboral, como la obligatoriedad de cumplir instrucciones y ordenes de trabajo, suministrar información, y elaborar reportes semanales de acuerdo a los procedimientos señalados por la empresa, asistir a reuniones de trabajo o de ventas, la asignación de clientes o prospectos, adjudicarle un territorio o zona determinada, acatar directrices o someterse a reglamentos, autorización de gastos para funciones de ventas, así como ejecutar ciertas tareas específicas, lo cual es una clara evidencia del poder subordinante del empleador, junto con la asignación de clientes por zona o territorio lo que es contrario a la independencia del trabajador.

Además, la Corte también señaló, que la imposición de códigos y nomenclaturas para usar el cierre de los negocios, colige la preponderancia del sometimiento y dependencia del carácter laboral para con la accionada; en el caso concreto, en el expediente físico a folio 184, se encuentra el llamado CODIGO DE ETICA, de MULTIVACACIONES DECAMERON, en donde en el numeral 17, se les indica la forma de vestir, y hasta les imponen el léxico a utilizar para la comunicación con el cliente, ni que decir del folio 180, donde se les impone hasta la presentación personal a los CLOSER, y en el Folio 181, le impusieron a mi cliente "Evaluar la efectividad de la sala, las locaciones y todo el grupo a cargo", además, mi cliente debía garantizar el pago de obligaciones como arriendos de las salas, stands, facturas, etc. A folio 97, el subdirector comercial da la orden a Maritza, de entregar el reconocido best seller de los CLOSER, "El Arte de Cerrar un Trato" de lo cual se colige, que la demandada hasta elegía que libros debía leer la demandante y con qué libros capacitar a los demás CLOSER que estaban bajo su dirección como JEFE DE SALA

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Laboral, Exp. 39600 de 2012; M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgo Ruiz, en un caso idéntico al que nos ocupa, cuya

demandante también era una vendedora de tecnología, estableció la existencia de un contrato laboral, señaló que había elementos suficientes e indicativos de subordinación o de dependencia laboral; señala que los oficios y comunicaciones que se le dirigieron a la demandante por parte de los representantes del empleador, en los cuales se le daban instrucciones y ordenes de trabajo, tales como elaboración de reportes, la información que debía presentar, la obligación de asistir a reuniones de trabajo y ventas, la asignación de clientes o prospectos por parte de la demandada, y recibía de forma mensual comisiones, da por demostrada la subordinación laboral.

En este tema de la SUBORDINACION en el CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS, existe una buena línea LINEA JURISPRUDENCIAL de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, como las ya citadas, donde la Corte describe elementos que configuran SUBORDINACION en el contrato realidad, como también lo decantado, en la Sentencia SL 3126-2021, SL 2885 DE 2019, entre muchas otras.

EN ESTA MISMA LINEA, en sentencia del TSM-SL, 017-2017-0271-01, M.P. CARLOS ALBERTO LEBRUM, del 11 de julio 2019 y en un caso IGUAL al que nos ocupa en esta sala: destaco: que son elementos de subordinación a los que se ve sometido el trabajador representante de ventas de HODECOL SAS:

1. "Carencia de una autentica organización empresarial por parte de demandante,
2. la ausencia de trabajadores dependientes al servicio de este y de una infraestructura por parte del trabajador para la ejecución de la labor lo que mal puede confundirse con el uso esporádico de elementos propios.
3. la existencia de una remuneración muy semejante a la que es propia de cualquier trabajador subordinado.
4. la imposición de metas de ventas y el reconocimiento e incentivos como retribución de las mismas.
5. La obligatoriedad en el cumplimiento de horarios y de la asistencia de reuniones programadas por HODECOL SAS.
6. El reporte de todo tipo de novedades por la labor desplegada, es decir: VENTAS, GASTOS, PROYECCIONES, RESULTADOS, ESTRATEGIAS Y SIMILARES y por ultimo entre otras muchas que podría citarse,
7. El DOMINIO Y SUPREMACÍA DE LA DEMANDADA en todo lo que tenía que ver con la forma en que se debía prestar el servicio y los lugares en los cuales ello debería tener, lo que en el elemental entendimiento de la sala requería de una prestación personal del servicio indelegable y una disponibilidad para cumplir labores según las necesidades y lineamientos de la empresa."

Es con estos argumentos, que la Honorable sala da por acreditado el ELEMENTO SUBORDINACION y confirma la sentencia de CONDENA DE PRIMERA INSTANCIA A HODECOL SAS, proferida por JUZGADO 17 LABORAL DE MEDELLIN.

Respecto de la remuneración o quantum salarial, está claramente establecido, pues reposan los extractos bancarios de la cuenta de nómina, copias de las facturas de los pagos, HODECOL SAS, NO APORTO PRUEBAS que desvirtúen el monto del salario promedio con el cual se liquidó el pago mensual en el libelo genitor, por la suma de \$5.205.000, las demás soportes se negó a aportarlas la demandada, ocultando los pagos reales para el año 2013 a 2016 y de los folios 36 - 48 se encuentran los extractos bancarios de cuenta de Nomina de la trabajadora y con base en el promedio de los últimos doce meses es que toma la base del salario para esta acción. HODECOL SAS, tenía la obligación legal de aportar TODAS facturas y no lo hizo.

La parte DEMANDADA en su oportunidad procesal NO TACHO, NO OBJETO las pruebas documentales que se aportaron en la demanda, por tal motivo solicito a esta Honorable Magistratura, se les de todo el valor probatorio a la prueba documental aportada y en el caso del salario, LOS EXTRACTOS BANCARIOS A FOLIOS 36-48, para que se liquiden las prestaciones y sanciones a cargo de HODECOL.

En el tema de despido injusto, es claro que se violó el debido proceso, no se le respetaron las garantías laborales, NO existe un llamado de atención, NO existe un proceso sancionatorio por las presuntas faltas, solo existe una carta de despido, NO EXISTE prueba alguna que la demandante no haya cumplido con sus obligaciones, como lo afirma la demandada en su contestación.

Es claro que HODECOL, como empresa particular está obligada a cumplir la Constitución y observar las reglas del debido proceso disciplinario laboral.

Por último, la demandada, no ajusto el contrato laboral a la realidad, mal puede ubicarse su conducta en el campo de la buena fe, y mucho menos existe una razón justificada para el incumplimiento del pago de las obligaciones laborales a mi representada, como lo ha decantado la Corte en los expedientes 73707 de 2019, 66965 de 2020; brillan por su ausencia elementos sólidos y atendibles para encontrar demostrada una buena fe; por lo cual deberá ser condenada la demandada al pago de las sanciones moratorias pretendidas.

En dichos términos solicita se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se concedan todas las pretensiones solicitadas en el libelo genitor.

2.3.2. ALEGATOS HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S.

Pretende se confirme la decisión proferida en primera instancia. Tras citar lo normado en los artículos 23 y 24 del CST, indicó que la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo realidad, está atada a la acreditación de los elementos allí descritos, es decir, prestación personal del servicio, y bajo una continuada subordinación del trabajador frente al empleador, además de recibir una remuneración.

Para entender la dimensión de la subordinación, cita fragmentos de la sentencia de radicación 63339 de 2018 para concluir que un contratista podía recibir instrucciones, ser supervisado, pero no hasta el punto en que estuviese sometido de tal forma que perdiera la autonomía que caracterizaba las relaciones contractuales distintas a la laboral.

Reconoce que existen elementos indicativos o indiciarios que apuntan a la existencia de la subordinación, como es la imposición de horarios, y, sobre todo, las decisiones encaminadas a disciplinar al trabajador (43364 del 23 de agosto de 2017).

Que a pesar de la presunción contemplada en el art. 24 CST, aquella podía ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario, y que para el caso caso quedó acreditado que el contrato no se ejecutaba bajo la continuada subordinación o dependencia, aspecto ni siquiera manifestado en los hechos, lo que daba al traste con la pretensión al no tener un sustento factico.

Que al descender a las pruebas obrantes en el proceso, del único testigo traído al proceso, se podía concluir:

- a. Que la demandante desde el momento que firmó su contrato sabía que era uno civil.
- b. Que el contrato ejecutado era uno de corretaje.

- c. Que en el contrato ejecutado había una cláusula de exclusividad para promover bienes idénticos al de la contratante, pero no para los demás.
- d. Que la demandante no tenía licencia de vendedora que permitiera que se presumiera que debía ser contratada por contrato de trabajo (Art. 98 CST)
- e. Que la demandante no estaba sometida a cumplimiento de jornada laboral.
- f. Que las únicas obligaciones que le asistían eran las que se indicaron en el contrato
- g. Que la demandante tenía pleno conocimiento que estaba ejecutando un contrato de prestación de servicios.
- h. Que no recibía órdenes en cuanto a la forma y modo de ejecutar su contrato de corretaje.
- i. Que la consecuencia de no acudir a ejecutar su contrato era que no iba a ejecutar su contrato y no iba a ganar dinero.
- j. Que la consecuencia de no capacitarse era que no iba a conocer el producto y no iba a vender.

Que en el interrogatorio de parte realizado a la Sra. Margarita Eusse, confesó:

- a. Que desde la firma del contrato era consciente del tipo de contrato que estaba suscribiendo.
- b. Que su intención siempre fue ejecutar el contrato firmado.
- c. Que era cumplidora de las obligaciones emanadas del contrato.
- d. Que nunca hizo reclamos por obligaciones laborales emanadas de su contrato.

Que de dichas confesiones podía inferir la buena fe con a que actuó.

De otro lado, consideró importante precisar que, de los contratos de prestación de servicios profesionales de vendedor y anexos suscritos entre el actor y la compañía, se podía extraer que obligaciones contenidas en las cláusulas pactadas, eran claramente indicativas que el tipo de contrato que quisieron celebrar las partes era ajeno al campo del derecho laboral, y así lo pudo explicarlo ampliamente el Juez de primera instancia, de ahí que siempre actuara con buena fe exenta de culpa, actuó con el pleno convencimiento de haber obrado legítimamente y sin ánimo de fraude y sin engaño, y es así porque en el desenvolvimiento del acuerdo de voluntades, este se ejecutó estrictamente bajo lo pactado. Cita jurisprudencia relacionada con contratos comerciales con persona naturales y la buena fe exenta de culpa de cara a la imposición de la sanción moratoria.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Ceñidos a los argumentos expuestos por el a quo y las pretensiones de este proceso, el eje central de la controversia gira en torno a determinar si los elementos probatorios obrantes en el plenario resultan suficientes para declarar la existencia de una relación laboral entre la señora Margarita

María Eusse Zuluaga y Hoteles Decameron Colombia S.A.S., analizando lo relativo a las cargas probatorias que en tal sentido son atribuibles a las partes. En caso afirmativo se examinará:

- ✓ Si es dable ordenar el reintegro sustentado en el párrafo del art. 65 del CST según el cual: *si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.*
- ✓ Si debe ordenarse el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones respecto de todo el tiempo laborado, aspecto en el que se analizará no sólo cual es la base salarial para su cuantificación, sino además si operó el fenómeno jurídico de la prescripción.
- ✓ De no proceder el reintegro, deberá analizarse la viabilidad de la indemnización por despido sin justa causa prevista en el art. 64 del CST.
- ✓ Si debe ordenarse el reconocimiento de las sanciones moratorias, tanto la prevista en el art. 65 del CST, como aquella regulada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990.
- ✓ Si se acreditó el trabajo suplementario para efecto de tasar las horas extras pretendidas.
- ✓ Si procede la restitución del 100% de los aportes efectuados a seguridad social.
- ✓ Sobre que haberes procede la indexación de las condenas.

4. CONSIDERACIONES

RELACIÓN LABORAL y extremos temporales

La parte actora pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo por considerar que prestó un servicio ejerciendo funciones como vendedora bajo la denominación de closer (vendedora encargada de dar cierre a una ventas), jefede de sala y supervisora, de manera personal y bajo la permanente subordinación de Hoteles Decameron Colombia S.A.S., recalcando que en todo caso, a su juicio, el vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo dado que le correspondía hacerlo en acatamiento de un horario, metas y reglamentos, funciones que cumplía conforme las órdenes impuestas por diferentes directores comerciales o administrativos.

Por su parte, el demandado acepta la existencia de la prestación personal de un servicio durante los extremos referenciados en el libelo genitor, 12 de abril de 2013 al 7 de julio de 2016, pero bajo un contrato de naturaleza disímil al laboral, arguyendo que era por prestación de servicios, de carácter civil.

Para el juez, existió un verdadero contrato de corretaje, del cual no se podía imputar la subordinación aludida, contrato que el art.1340 del Código de Comercio, define como “... *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*”.

Bajo éste contexto, antes de adentrarnos en el análisis del asunto, es pertinente realizar las siguientes precisiones:

El artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo regula lo atinente al contrato de trabajo y los elementos esenciales del mismo, en los siguientes términos:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
- c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De la norma anterior se colige que existe un contrato de trabajo cuando se presentan los tres elementos referidos, como la prestación personal del servicio, subordinación y salario, cuyo elemento base es el segundo de los aludidos, que se refiere a la facultad subordinante y sancionatoria del empleador sobre el trabajador, representada en la imposición de reglamentos, órdenes, vigilancia, control de la actividad prestada en forma permanente, sin que se vea desnaturalizada la condición del contrato en razón de la denominación que se le dé a la remuneración, la forma de ejercer la labor, el lugar o tiempo que se disponga para ello.

Por su parte el artículo 24 *ibidem* establece:

“ARTICULO 24. PRESUNCION. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”

Empero, quien alega su existencia debe probar al menos la prestación personal del servicio y la remuneración recibida, y de ese modo se encuentra en una situación de ventaja frente al presunto empleador, quien en todo caso tiene la posibilidad de desvirtuar tal presunción, demostrando que la relación no fue subordinada sino que, por el contrario, fue autónoma e independiente o que se rigió mediante un contrato de otra naturaleza jurídica.

En consonancia con lo anterior, sobre los elementos que se deben analizar para efectos de verificar la existencia de un vínculo laboral, nuestro órgano de cierre en providencia con radicación 36.549 expuso que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal este demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, señaló que no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, dado que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el art. 24 del CST.

Valga aclarar en este punto que si bien la normatividad ha consagrado una presunción legal de que toda prestación personal de un servicio está regida por un contrato de trabajo, ello no releva a quien alega su existencia de la obligación de acreditar que tal servicio se desarrolló no sólo de manera personal, sino además continuado, dependiente y remunerado; los extremos temporales y los parámetros bajo los cuales se desarrolló, pues la prosperidad de lo pretendido depende de ello. Se insiste entonces en la necesidad de acreditar las particularidades del contrato, pues son elementos comunes a la modalidad que cada parte defiende la prestación de un servicio y su contraprestación.

Pues bien, cabe recordar que el operador jurídico debe apreciar las pruebas de acuerdo con las circunstancias de cada caso, aplicando las reglas de la sana crítica, en una clara expresión de la libre formación del convencimiento, tal y como lo señalan los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, y ello es importante saberlo pues de un análisis del acervo probatorio, la balanza en esta ocasión se inclina a favor de la demandante. Veamos.

La prueba testimonial estuvo conformada por la declaración de un sólo testigo, señor JOSÉ RAÚL FUENTES BARRERA. Afirmó que presta sus servicios para Hoteles Decameron como comisionista comercializando el producto de multivacaciones que es un programa de fidelización de la cadena hotelera. Adujo que: *en ese rol estamos nosotros los vendedores que somos los que ofertamos y cerramos negocios, fidelizando, afiliando, o vinculando a las personas con un contrato de uso de la cadena hotelera.* Aclara que existe un equipo de mercadeo que hace el contacto con los clientes de acuerdo a la información de un banco de datos y los citan a una reunión, la que se puede llevar a cabo en restaurantes o salones, cuyo costo asume la compañía. Que a partir de ese momento a los

vendedores les corresponde ofertar, presentar producto, beneficios, forma de uso y cierran las ventas, primero una persona muestra el portafolio, luego otra con experiencia concreta la parte económica. Esta última tiene un contrato de servicios, por comisiones generadas de las ventas que se concretan, siendo tal la contraprestación percibida, y añade *sino vendemos no ganamos*. Que cada vendedor generaba una factura por el valor de las comisiones y como proveedor Decameron pagaba en la fecha estipulada y ya cada uno verificaba que el pago correspondiera a lo que estaba en la factura, y que podía llamarse abono por pago a proveedores ante el banco.

Que en el cierre de la venta era que participaba la demandante. Precisa que en la generación del contrato con el cliente, sí participa personal administrativo vinculado a la cadena hotelera, para el caso de Medellín, la señora Maritza Pulgarín. Igualmente aduce que cualquier *closer* puede cerrar ventas por fuera de los eventos, pero reconoce que eran casos remotos, generalmente por referidos. Aclara que los señores Samir y Raúl también eran comisionistas. Que en la sala de ventas del Poblado había dos o tres personas vinculadas directamente, para apoyar a los vendedores, pero no realizaban funciones de ventas, sino distintas. Le preguntan si ¿la sala estaba abierta en un horario diferente?, a lo que responde que los vendedores debían cerrar los contratos en los horarios del personal administrativo, últimos que sí manejaban horario. Indica que el *garantizado* es un incentivo por un logro de ventas y lo consignan. Igualmente le preguntan ¿qué sucedía si la demandante era citada a reuniones o capacitaciones, y no llegaba? Ahí refiere que normalmente no se podía poner a un vendedor a ofertar sino conocía los cambios del producto, entonces sino iba a la capacitación NO era una persona apta. Respecto a los horarios de los eventos indican que eran a medio día de sábado, a las horas de los almuerzos o a la hora de la cena del sábado o domingo. Durante la semana eran en la tarde noche, horario de cena. Iniciaba a las 6:00 pm más o menos y el final dependía del personal que asistiera y la afluencia de invitados. Que la fuerza comercial siempre estaba dispuesta a asistir donde hubiera oportunidades de tener contacto con personas interesadas en el programa de multivacaciones, y así gestionar comisiones. No obstante, advierte que la demandante NO podía enviar en su representación otra persona a la sala comercial, porque debía ser quien tuviera conocimiento del producto para poder ofertarlo.

Lo que destacó el a quo de la ponencia de este testigo fueron aquellas afirmaciones según las cuales Decameron NO establecía ninguna jornada u horario. Que la demandante podía ausentarse o dejar de presentarse a un evento y que nada sucedía por ello, sólo no se generaban comisiones. Que la actora NO recibía órdenes en cuanto a la forma de realizar actividad comercial, simplemente seguían lineamientos de técnicas de ofertas. Que ningún directivo de la sala de venta le imponía a la accionante llegar a dicha sala en un horario establecido para cumplir funciones. Que los horarios eran para los eventos y que lógicamente, por conveniencia, se llegaban a acuerdos con los vendedores para presentarse a la hora que se hacía el evento porque era donde iban a tener la oportunidad de ejercer su rol. Agrega: *nosotros mismos nos encargamos de programar el evento*.

Una mirada fragmentada del acervo probatorio, que sólo tenga en cuenta lo detallado por el testigo, seguramente también podría permitir arribar a la misma conclusión del a quo. Bajo esa óptica estaríamos en presencia de una persona que comercializa el producto de un tercero, que si bien le brinda algunos elementos y espacios con clientes, es finalmente el vendedor quien dispone de su tiempo, decide si asistirá o no a una capacitación, aunque de ello dependerá que le permitan asistir a una sala de ventas, pero en todo caso, actuará con autonomía técnica y directiva, sin recibir reproche alguno, y sin que sobre el mismo se ejerza algún poder disciplinante. Dependiendo del empeño, esfuerzo y tiempo dedicado, aumentarán o disminuirán unas comisiones previamente pactadas.

Más allá de las críticas que hace la parte actora a dicho sistema, para esta Magistratura es innegable que la modalidad empleada por HOTELESW DECAMERON es una manera admisible de publicitar una empresa, claro está, siempre y cuando las formas adoptadas en cada caso respeten la legislación que rige cada materia, y ello fue lo que precisamente NO ocurrió, pues aunque en principio es dable tener vendedores externos, libres de manejar su tiempo, remunerados de acuerdo al número de unidades que vendan, sin ser sujetos a un horario y que sólo siguen unas directrices generales dado que deben tener un conocimiento general del producto que publicitan, lo cierto es que cuando tal libertad es limitada, cercenada, se imponen horarios, median órdenes, se fija el lugar de encuentro, se supervisa la actividad ejercida, se crean grupos de trabajo, se asignan eventos, esa realidad choca con lo previamente acordado, mutando la naturaleza del vínculo.

En otras palabras, una cosa es una persona que vende unos servicios, que puede decidir qué día y hora hacerlo, y otra muy diferente un asesor que también comercializa un producto pero NO puede decidir libremente las condiciones de modo, tiempo y lugar, sino que estas son impuestas por la empresa contratante, quien por demás controla y vigila la labor encomendada, incluso suministra elementos de trabajo y otras herramientas para el cumplimiento de las tareas a desarrollar.

Ello se evidencia de un estudio integral de la prueba.

Y es que tal y como se anunció, el a quo efectúa un análisis fraccionado del acervo probatorio, pues NO concatena los dichos del testigo con lo que en sentido contrario se plasma con claridad en algunos documentos. Téngase en cuenta además que el señor José Raúl Fuentes tenía un vínculo laboral vigente con la demandada, que implicaba una mayor rigurosidad en su valoración, aunado a que, por voces de aquel, el contacto con la demandante fue remoto, desconocía las particularidades del día al día, incluso NO sabe precisar cuando la conoció, pues afirma que fue entre el año 2013 y 2015. El testigo, aunque dice desempeñarse en el mismo rol, lo hacía en ciudad disímil, y sólo venía a

Medellín cuando hacía visitas de apoyo en ofertas de nuevos productos, capacitaciones de producto o técnica de cómo hacer el proceso del trabajo comercial.

Y ello es importante destacarlo, pues para el caso le correspondía a la demandada desvirtuar la presunción que operaba en favor de la reclamante, ya que cuando Hoteles Decameron de Colombia aceptó expresamente en la contestación la existencia de una prestación personal del servicio, conforme se explicó en precedencia, activo la presunción consagrada en el artículo 24 del CST. Y no resulta acertado concluir que los dichos de aquel testigo lograron derruirla, cuando ni siquiera era compañero de trabajo de la demandante, tampoco ejecutaba su actividad en la misma ciudad; consecuentemente NO era conocedor de las particularidades en las que se desarrollaba el contrato suscrito por las partes en contienda, denominado *contrato de servicios profesionales de vendedor*, el cual se aprecia a folios 185 a 191, cuyo clausulado, por sí sólo, NO está en sintonía con su titulación.

Y es que NO resulta admisible entender que un vendedor actúa con autonomía técnica y directiva, propia de un contrato de prestación de servicios, cuando dentro de sus obligaciones expresamente se pacta *cumplir las metas de ventas convenidas con el contratante, asistir a las reuniones que sea convocado*, y paralelamente comporte una causal de terminación del contrato, entre otras, *no cumplir las metas mínimas mensuales de ventas establecidas en un 25% y no asistir a capacitaciones*.

En este orden de ideas, esta delgada línea entre coordinación y subordinación es traspasada mutando el vínculo de civil a laboral, contrato que desde su redacción contiene otras inquietantes cláusulas como la de exclusividad, pues el *corredor, vendedor o closer* no podía realizar venta de productos que fueran competencia de HOTELES DECAMERON, figura que no es la que precisamente caracteriza un vínculo civil, lo que incluso le cercenaba al asesor la posibilidad de ejercer otra actividad en ese ramo.

En todo caso, al margen de ello, carecen de veracidad las afirmaciones del testigo cuando sostiene que es potestativo de cada vendedor asistir a los entrenamientos y a las salas de ventas, pues desde el clausulado contractual ello comporta una obligación cuyo incumplimiento es sancionable con el fenecimiento del vínculo.

Y es ahí cuando la relación entre las partes empieza a adquirir otros matices, pues además de ello, la demandante debía ejercer sus funciones dentro de unos horarios previamente definidos por superiores jerárquicos. Obsérvese, entre otros, la comunicación emitida por el señor José Raúl Fuentes (quien justamente aquí fungió como testigo), pero esta vez en su condición de subdirector

comercial, que data del 10 de julio de 2013 (fl.96), documento contentivo de un mensaje de datos, sobre el que ninguna tacha reposa, y en el que se aprecia directrices en torno a que días y a qué horas se realizará determinada gestión de mercadeo en los centros comerciales.

Se va desdibujando pues la autonomía de los vendedores, que insistentemente predica la sociedad demandada, elemento que NO se aprecia en aquel documento, ni tampoco en el acta en que se consignó lo ocurrido en una reunión llevada a cabo el 3 de noviembre de 2014 (fl. 52) en la que un jefe de sala definió los horarios de entrada del personal, estableció las metas para ese mes y la necesidad de realizar un cuadro de efectividad, metas que también son exigidas el 4 de septiembre de 2014 por la Directora General a los Directores Comerciales (fl. 56).

Llamativas también resultan las funciones de los CLOSER, enlistadas en un documento allegado con la contestación (fls. 180 y 181), entre las que se encuentran *cumplir con los turnos que se le asigne a través del jefe de sala, llevar una excelente presentación personal, evaluar la efectividad del grupo a cargo*. Este es el cargo que, a voces de la demandada, cumplía la señora Margarita Euuse. En este aspecto resultan ilustrativas las explicaciones de la demandante en el interrogatorio absuelto, NO porque tenga la vocación de probar un hecho, pues a través de aquel medio se busca provocar una confesión, sino porque permiten entender el contexto de la situación. La interrogada adujo que precisamente por su trayectoria, versatilidad y manejo de clientes, le correspondía entrenar a los nuevos vendedores. De ahí que el representante legal admitiese que fuese admisible que la actora se desempeñase como jefe de sala, aunque bajo una situación excepcional y en ausencia del personal que ejerciese dicha función.

No obstante, en los múltiples informes de liquidaciones, es decir, listados donde se aprecia el rol ejercido por una persona en una sesión de sala (fls. 58 a 85), se aprecia que tanto la demandante, como algunos de sus compañeros, se rotaban como closer, jefe de sala, jefe de mercadeo y liner, acepciones que solamente delimitaban el papel que cada uno tendría con el cliente en determinado momento.

Se insiste, NO se aprecia ningún tipo de autonomía del personal. Por el contrario, refleja el sometimiento propio de un contrato de trabajo, en el cual no es dable presentarse el día que a bien tenga o a la hora deseada, sino que por el contrario implica el inexorable cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.

Igual situación se predica en la comunicación interna del 17 de octubre de 2014, en la que otro director comercial, esta vez el señor Samir Manjarrez, informa a los jefes de sala que pueden determinar el pago de los *garantizados* (comisiones) de los *closer* siempre y cuando estén *bajo los*

parámetros de responsabilidad, disciplina y compromiso por motivos como: puntualidad en los horarios, llamados de atención por las diferentes faltas que cometan en las salas, días no laborados sin justificación alguna y por el no cumplimiento de la producción.

Cada uno de esos factores subjetivos valorados por la sociedad accionada, comportan sin lugar a dubitativa, elementos característicos de un contrato de trabajo; se materializa a través de los mismos esa facultad subordinante propia de cada empleador, a través de una escala jerarquizada que pretende ocultar aduciendo que aquellos directores comerciales también eran comisionistas y no hacían parte del personal de planta. Empero, sus palabras sólo dejan entrever que ese modelo de gestión, ubica a todos los que intervienen en ese proceso de comercialización, como trabajadores ocultos por el matiz de un contrato de prestación de servicios, que debe analizarse a la luz del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas elevado a canon constitucional por el artículo 53 de la Carta Superior, que en procesos similares ha conllevado a determinar lo que se conoce como “contrato realidad”, que no es otra situación más que aquella en la cual asume que el contratista se ha convertido en trabajador por presentarse los elementos de un contrato de trabajo.

Y en todo caso, por sí sola resulta reforzada aquella tesis según la cual, una gran cadena hotelera, que invierte unos cuantiosos recursos no sólo en planificar y agendar reuniones con posibles clientes, cuya asistencia es *incentivada* a través de *regalos*, se atenga a una circunstancia tan aleatoria como la voluntad de cada vendedor de presentarse o no a la sala para cerrar el negocio con un cliente. Evidentemente nunca correrán el riesgo de que nadie se presente, óptica desde la cual resulta comprensible aquella cláusula que sanciona con la rescisión del contrato dicha inasistencia, incluso a reuniones de capacitación, toda vez que realmente el vínculo que unió a las partes fue de naturaleza laboral.

En consecuencia, se REVOCARÁ la decisión objeto de consulta y en su lugar se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre la señora MARGARITA ROCIO EUSSE ZULUAGA y la sociedad HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S., desde el 12 de abril de 2013 hasta el 7 de julio de 2016, extremos temporales no debatidos.

SALARIO

La demandada parte de la hipótesis que es un contrato de prestación de servicios, entre otras razones, por la forma de la remuneración, dado que la actora debía presentar una cuenta de cobro, que no es más que el listado del tipo de planes vendido a los clientes atendidos, para efectos de cuantificar la remuneración, que dependía del porcentaje acordado previamente o acordado para determinada sesión de grupo en las que logró una venta.

En éste punto es importante referenciar la tesis reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, véase la sentencia de radicación 43.696, 35771 y 27.325, en la que señala que todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que se dé, de ahí que se entienda que la demandante claramente recibía un salario, es decir, recibía una contraprestación directa por su servicio.

Y así lo contempla el CST en el artículo 132 numeral 1, al señalar que:

“1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.”

Atendiendo lo dispuesto en la norma citada, lo acontecido en el caso de autos se enmarca en la modalidad de salario a destajo, de ahí que el monto de la remuneración recibida quincenalmente dependiera del número servicios vendidos y no del tiempo que tardaba en ello, razón por la que pierde relevancia el hecho de que saliera o no a determinada hora.

Ahora, para efecto de liquidar los haberes deprecados y definir el SALARIO se tendrán en cuenta varios aspectos, sin que podamos circunscribirnos únicamente a las consignaciones bancarias como prueba de lo pagado por la demandada a la promotora del proceso por los servicios prestados, ya que en dicho documento se desconoce de dónde provienen la totalidad de depósitos, especialmente aquellos pagos bajo la denominación *depósito efectivo con volante oficina*, que son los más cuantiosos, debió pedirle a la entidad bancaria que certificara el nombre del pagador, pero NO lo hizo, de ahí que NO sea posible atender el promedio aludido en el líbelo genitor, menos aún si comportó un hecho controvertido en la contestación, en la que únicamente aceptan ser los emisores de aquellas consignaciones denominadas *abono por pago a proveedores*, aspecto en sintonía con lo aceptado por el representante legal al absolver interrogatorio de parte, e incluso el testigo escuchado.

Para el efecto, también resulta relevante los valores que directamente reportó Hoteles Decameron S.A.S., que registra como empleador de la demandante ante Porvenir S.A. en la historia laboral expedida en agosto de 2018 (fls. 33/35), por lo menos para los ciclos comprendidos entre mayo de 2013 y julio de 2016.

Valga aclarar en este aspecto que si bien la sociedad demandada explica que utilizó una novedad determinada en cada planilla de pago, según la cual NO fungía como empleador ante el sistema sino como contratante, lo cierto es que nada de ello acreditó.

Igualmente se tuvo en cuenta el informe de liquidaciones por comisiones, aunque en ellos sólo se aprecia los spiff (comisiones) causadas en tres ciclos, aunque en diferentes cesiones de venta.

En dichas consignaciones, así como en la historia laboral y el reporte de comisiones, se aprecia la siguiente información:

MES	HISTORIA LABORAL	CONSIGNACIONES ABONO POR PAGO A PROVEEDORES	SPIFF
abr-13	\$ 589.500		
may-13	\$ 590.000		
jun-13	\$ 590.000		
jul-13	\$ 590.000		
ago-13	\$ 767.000		
sep-13	\$ 1.392.000		
oct-13	\$ 1.452.000		
nov-13	\$ 1.137.000		
dic-13	\$ 746.000		
ene-14	\$ 1.188.000		
feb-14	\$ 933.000		
mar-14	\$ 1.025.000		
abr-14	\$ 1.311.000		
may-14	\$ 1.345.000		\$ 647.419
jun-14	\$ 736.000		\$1.565.606
jul-14	\$ 1.395.000		
ago-14	\$ 616.000		
sep-14	\$ 1.085.000		
oct-14	\$ 1.760.000		
nov-14	\$ 1.079.000		\$ 2.108.856
dic-14	\$ 2.069.000		
ene-15	\$ 2.019.000		
feb-15	\$ 792.000		
mar-15	\$ 941.000		
abr-15	\$ 644.350		
may-15	\$ 654.000		
jun-15	\$ 1.664.000	\$ 2.814.929	
jul-15	\$ 951.000	\$ 2.104.480	
ago-15	\$ 644.350	\$ 1.639.560	
sep-15	\$ 758.000	\$ 2.286.848	
oct-15	\$ 838.000	\$ 2.670.525	
nov-15	\$ 675.000	\$ 733.038	

dic-15	\$ 644.350	\$ 324.176	
ene-16	\$ 689.000		
feb-16	\$ 689.455		
mar-16	\$ 689.455		
abr-16	\$ 689.455	\$ 585.843	
may-16	\$ 689.455	\$ 2.559.759	
jun-16	\$ 844.000	\$ 1.791.302	
jul-16	\$ 689.455		

Así las cosas, lo procedente es tomar el mayor valor que se aprecie en cada ciclo, máxime si el reporte de los pagos a seguridad social comprendía un porcentaje de la remuneración percibida (40% bajo el entendido que era por prestación de servicios, sin ser inferior al mínimo legal).

Teniendo en cuenta el número de días laborados por año, obtenemos los siguientes promedios mensuales:

- ✓ Para el año 2013: **\$909.660**. En el año recibió \$7.853.500 y laboró 259 días.
- ✓ Para el año 2014: **\$1.366.788**. En el año recibió \$16.401.462 y laboró 360 días.
- ✓ Para el año 2015: **\$1.495.340**. En el año recibió \$17.944.080 y laboró 360 días.
- ✓ Para el año 2016: **\$1.250.100**. En el año recibió \$7.797.881 y laboró 187 días.

Para todos los efectos, tales datos servirán de soporte para tasar las condenas.

REINTEGRO

Se sustenta su procedencia en el parágrafo del art. 65 del CST según el cual: *si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.*

Al respecto bastará con decir que abundante es la jurisprudencia según la cual la ineficacia del retiro del servicio, para esos eventos, se equipara al pago de la indemnización moratoria en favor del trabajador, por cuanto el propósito de la norma es proteger el pago de ciertas obligaciones laborales y no la estabilidad laboral. Quiere ello decir que la ineficacia del retiro del servicio se equipará al pago de tal indemnización en favor del trabajador, esto es de un día de salario por cada día de mora.

Consúltese para el efecto las sentencias de radicación SL516-2013, SL3977-2022 y SL912-2023, última en la cual la Sala de Casación Laboral expuso que:

Igualmente, esta corporación también ha insistido en señalar que la inobservancia de esa obligación, específicamente, por los últimos tres meses de la relación laboral, trae consigo el pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador y no la ineficacia de la terminación del nexo con el consecuente reintegro al cargo desempeñado; dado que el objeto de la norma no recae en el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, sino, como ya quedó explicado, en garantizar la cancelación de los aportes a la seguridad social y parafiscales, tal como se dijo en múltiples pronunciamientos, entre otros, en la sentencia CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35303, reiterada en decisión CSJ SL589-2014 que puntualizó:

El parágrafo del artículo 65 del C.S.T. establece un mecanismo de coacción a los empleadores para que cumplan cabalmente con el deber de aportar a la seguridad social y contribuciones parafiscales, cuyo incumplimiento, estimado respecto a la época en que termina el contrato de trabajo, -en el día de su finalización y dos meses más, se sanciona con la ineficacia de la terminación; sólo es válido el despido cuando se han cubierto las obligaciones de pago de los aportes a las instituciones del sistema de seguridad social por el trabajador, en un plazo que no puede exceder los dos meses luego de concluido el contrato.

(...) La deuda que origina la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo es **la deuda con las administradoras del sistema de seguridad social por cotizaciones para pensiones o salud que se hubieren generado por la prestación del servicio, impagados total o parcialmente, háyase cumplido o no con el deber de afiliación, y no cubiertas durante la vigencia del contrato y sesenta días más; si bien la norma se refiere al estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, lo es para efectos de cumplir con la otra obligación prevista en la misma normatividad, la de comunicar al trabajador el estado de cuentas** con las entidades de seguridad social y destinatarias de las otras contribuciones parafiscales.

(Resaltos de la Corte)

Conforme a lo expuesto, frente al no pago o cancelación deficitaria de salarios y prestaciones sociales, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, puede consistir, para quienes devenguen un salario mínimo, en un día de salario por cada día de retardo hasta que se sufrague lo adeudado, o para los demás casos, solo extenderse, por regla general, a lo equivalente a una suma diaria hasta por 24 meses y luego desde el mes 25 el reconocimiento de intereses moratorios (numeral primero); mientras que por no cubrir los aportes a la seguridad social, acorde a la jurisprudencia de esta corporación, no se consagra esas consecuencias, sino que se condena a razón de un día de retardo por cada uno de demora en sufragar los aportes parafiscales y de la seguridad social, a partir de la terminación del contrato y hasta cuando se acredite su pago (parágrafo primero).

Así las cosas, lo que se sanciona es el incumplimiento de las obligaciones a las entidades del sistema de seguridad social y no la falta del deber de comunicar el estado de cuentas al trabajador. Para el caso objeto de estudios, dichos pagos se efectuaron, cosa diferente es que lo fuesen de forma deficitaria.

En consecuencia, se denegará el reintegro pretendido, por carecer de fundamento legal, debiéndose examinar la procedencia de la pretensión subsidiaria, encaminada a obtener la indemnización por despido sin justa causa.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Antes de decidir la viabilidad de tal súplica, se torna pertinente analizar lo referente a la PRESCRIPCIÓN.

Al respecto, debe traerse a colación lo que sobre el tema regula el art. 151 del CPT y la SS, cuyo tenor es:

Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

De acuerdo con lo anterior, en materia laboral y de la seguridad social el término de prescripción se interrumpe, bien con el simple reclamo escrito del trabajador presentado al empleador directamente como lo prevé el artículo 488 del C.S.T.

Para el caso, dicha reclamación fue elevada el 5 de diciembre de 2016, habiéndose radicado la demanda el 15 de agosto de 2017 según se aprecia en el sello impuesto por la oficina judicial de Medellín visible a folio 8 del expediente, es decir, dentro del término trienal que consagra la norma contado, de ahí que los haberes reclamados sea procedente liquidarlos desde el **5 de diciembre de 2013**, es decir, la prima de servicios, las vacaciones y los intereses a las cesantías.

Ahora, como las indemnizaciones deprecadas junto con las cesantías, se causan al finalizar el contrato, pues ninguna de estas prebendas, en caso de ser procedente su concesión, se vio afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Si quedase alguna duda en torno a dicha contabilización, habría de acudir a los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, entre ellos la sentencia de instancia SL115-2021, radicación 65858, corporación que al liquidar las prestaciones causadas, aclaró:

Como la demanda fue presentada el 20 de enero de 2011, se encuentran prescritas las obligaciones causadas con anterioridad al 20 de enero de 2008, salvo el auxilio de cesantías, por ser exigible a la finalización del vínculo.

Aclarado lo anterior, se tiene que cuando se pretende la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa imputable al empleador, cada una de las partes tiene una carga probatoria distinta. La demandante, quién afirma haber sido despedido, debe probarlo, aspecto que ninguna discusión merece, incluso ello lo acepta la sociedad demandada. A su turno, habiéndose demostrado el despido, es el empleador quién tiene la carga de acreditar que su conducta estuvo amparada en una justa causa. A esta conclusión se arriba, no sólo en virtud a la aplicación de los

artículos 164 y 167 del Código General del Proceso sino también en lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 32568.

Con relación al despido invocando una justa causa, señala el artículo 62, numeral sexto del Código Sustantivo el Trabajo, que se puede terminar el contrato de trabajo con justa causa por cualquier violación de las obligaciones y prohibiciones a cargo del trabajador, contempladas en los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del trabajo o por una falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos. Así mismo, prescribe el parágrafo único de dicho artículo, que la parte que da por terminado el contrato unilateralmente, debe señalar la causa que motivó su decisión, ya que posteriormente no podrá invocar una diferente. Al respecto la Corte constitucional en la sentencia C- 594 de 1997, señaló que no basta con invocar para el despido las causales genéricas expresadas en la ley, es necesario además, señalar los hechos en que se sustenta tal decisión, ya que el sentido de la norma lo que pretende es que la parte afectada, conozca las razones que pusieron fin a la relación laboral.

Descendiendo al caso concreto, encontramos que según se precia en la misiva fechada el 7 de julio de 2016 (fl.24), HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. dio por terminado el contrato de manera unilateral, arguyendo que:

Referencia: Terminación de Contrato de servicios profesionales de vendedor

Por medio de la presente, HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. le notifica la terminación del contrato de servicios profesionales de vendedor que lo une a nosotros a partir de la fecha. Lo anterior, de acuerdo a lo establecido en la cláusula séptima de su contrato, numerales a) y b) los cuales establecen:

- a) Por la violación por parte de EL VENDEDOR de sus obligaciones legales y contractuales.
- b) Por desatención, mala atención, mal trato a los clientes, vendedores o personal de LA CONTRATANTE, por parte de EL VENDEDOR; por mala presentación personal de EL VENDEDOR, desarrollar su actividad en estado de embriaguez, de alteración de sus facultades mentales normales, o bajo el estado de sustancias enervantes, en este evento y dada la gravedad de la conducta de EL VENDEDOR, LA CONTRATANTE, podrá dar por terminado de inmediato el presente contrato, sin indemnización de ninguna naturaleza.

Lo anterior, ya que el día domingo 3 de julio, Usted incurrió en un altercado con la señora Maritza Pulgarín, quien se desempeña como asistente administrativa. Sea preciso mencionar que la discusión se caracterizó por ser grosera y terminó con un golpe en la cabeza que Usted le propició a la señora Maritza. Igualmente, se adiciona que ese mismo día Usted esperó a la señora Tatiana Galeano Acosta a la salida de la sala para gritarle groserías en la calle y amenazarla aún con su carro.

Se resalta que los hechos anteriormente mencionados fueron realizados en la sala de ventas, frente a potenciales clientes afectando gravemente la imagen de la Compañía, situación que es repetitiva, ya que Usted en el mes de Junio ya había recibido una queja formal por parte de un cliente por maltrato. Situación que de ninguna manera puede ser aceptada por la Compañía.

No obstante, ningún medio de prueba acredita la veracidad de la información allí plasmada. El conocimiento que tuvo el testigo del incidente, que por demás no detalla, lo obtuvo por voces de terceros, punto en el que evidentemente debe ser catalogado como un testigo de oídas.

Tampoco se aprecia una confesión en el interrogatorio absuelto por la demandante. Frente al tema adujo que era falso que tuviera antecedentes de maltrato a clientes o de pegarle en la cabeza a la señora Maritza Pulgarín y precisó que con Tatiana sólo contestó las agresiones que le hicieron ante los problemas con Decameron.

Bajo tal contexto, encuentra esta Magistratura viable acceder a la indemnización contemplada en el art. 64 del CST, cuyo tenor es:

“(…) En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

(…) En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción (…).”

Para efectos de su liquidación se tendrá como salario percibido la suma de **\$1.250.100 mensual equivalente a \$41.670 diarios**, promedio recibido en la anualidad en que feneció el vínculo dado que ninguno diferente a este se acreditó. Además, se tasaré teniendo en cuenta como extremos temporales el 12 de abril de 2013 y el 7 de julio de 2016, es decir, 1166 días laborados. Por el primer año tiene derecho a 30 días, por los dos subsiguientes, 20 días por cada uno, y por la fracción (85 días) se causa una indemnización de 4.72 días, para un total de 74.72 días que multiplicados por el salario diario, **genera una indemnización por despido sin justa causa de \$3.113.582.**

PRESTACIONES SOCIALES (cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios) Y VACACIONES

Procede la cuantificación de los intereses a las cesantías y la prima de servicio a partir del 5 de diciembre de 2013, dado que las causadas con antelación se vieron afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción. Ello NO sucede de cara a las cesantías ni las vacaciones, que se liquidarán completas, es decir, desde el 12 de abril de 2013 y hasta el 7 de julio de 2016, fecha de terminación del contrato, toda vez que, conforme se analizó en precedencia, respecto de las cesantías, el término extintivo comienza a contabilizarse desde la terminación del contrato, y frente a las vacaciones, aquel es de 4 años, lo que implica que NO alcanzó a afectar este emolumento.

En ambos casos se tendrá en cuenta el salario promedio de cada anualidad, referenciado en los acápite que anteceden.

AÑO	CESANTÍAS	INTERESES A LAS CESANTÍAS	PRIMA	VACACIONES
2013	\$654.450	\$569	\$65.698	\$327.225
2014	\$1.366.788	\$164.015	\$1.366.788	\$683.394
2015	\$1.495.340	\$179.441	\$1.495.340	\$747.670
2016	\$649.358	\$40.477	\$649.358	\$324.679
TOTAL	\$4.165.936	\$384.502	\$3.577.185	\$2.082.968

SANCIONES MORATORIAS

Abundante es la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionada con la procedencia de las indemnizaciones moratorias, tanto la prevista en el Art. 65 del C. S. del Trabajo, como aquella consagrada en el Art. 99 de la Ley 50 de 1990. La primera de ellas surge por el no pago de los salarios y prestaciones debidas al fenecimiento del contrato, la segunda por la no consignación de las cesantías en el fondo. Ambas comportan objeto de súplica.

Sin embargo, las mismas no proceden en forma automática, por lo que son las circunstancias de cada caso las que permiten valorar las razones por las cuales el empleador **incumplió** con sus obligaciones, toda vez que en virtud del principio constitucional relacionado con la presunción de la buena fe, debe establecerse si del comportamiento de ese empleador incumplido puede predicarse lo contrario, es decir, la mala fe, y es necesario que las razones que plantee tengan la fuerza suficiente para justificar su incumplimiento y que además, sean probadas.

Así pues, para evaluar la conducta es menester analizar si se presentan algunas de las siguientes causales eximentes de dicha indemnización, las que se sintetizan en el listado que a continuación se expondrá, casos que han sido ampliamente tratados en la jurisprudencia que se ha ocupado del tema, de donde se infiere que el empleador actuó de buena fe:

- ✓ Si existen razones entendibles por parte del empleador que justifiquen su omisión.
- ✓ Si existe controversia sobre la naturaleza del contrato bajo la conciencia de que la relación lo fue de carácter diferente al laboral.
- ✓ La exposición de argumentos que pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual

de acreditarse con el material probatorio que se recaude conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe.

- ✓ Creencia o duda razonable de no deber, la cual debe ser fundada, donde el empleador intente demostrar que obró conscientemente de una manera legítima y con ánimo exento de fraude.

Sin embargo, a juicio de la Sala la actitud asumida por el empleador NO puede ocultarse bajo el matiz de la discusión de la existencia del contrato realidad. Únicamente configura uno de los criterios que se ha de examinar con la rigurosidad que exhorta la Corte al señalar que debe estudiarse cada caso en concreto para efectos de corroborar si media una de actitud tozuda, de ocultamiento o con ánimo de fraude. Precisamente es lo que ocurre en este caso, aspecto ampliamente estudiado en el primer acápite de estas consideraciones.

En otras palabras, NO basta con controvertir la naturaleza del contrato, pues además tal oposición debe efectuarse con razones que realmente convencan al fallador que su obrar estuvo revestido de buena fe, brindándole elementos suficientes que permitan visualizar su confusión.

En gracia de discusión, podría entenderse el errado entendimiento de la ley de empresas pequeñas, que no tienen recursos o acceso a una correcta asesoría jurídica, lo que evidentemente no sucede en este caso, pareciese que la demandada únicamente buscó una alternativa para aminorar costos en contra de los intereses de la trabajadora.

Se insiste de esta manera, que NO puede alardear la entidad de una autonomía de un contratista, cuando en el mismo clausulado le exige cumplimiento de metas, sancionando el no alcanzarlas, además le impone exclusividad y su presencia obligatoria en la sala de ventas en los horarios previamente establecidos por quienes jerárquicamente son superiores. Recuérdese que conforme se desprende del acervo probatorio, en dichas reuniones con los clientes estaba presente de manera permanente personal *vinculado* encargado de formalizar los contratos de los usuarios con la cadena hotelera, quienes a su vez emitían directrices que NO les era dable desconocer al personal.

Similar razonamiento acompañó a la Corte en sentencia SL009-2023, cuando adujo que:

Además de lo explicado en sede extraordinaria, importa insistir en que la buena o mala fe no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley. En cualquier caso, es indispensable la verificación de otros detalles útiles en función de verificar la conducta patronal. En sentencia CSJ SL3564-2021, se discutió:

Bajo este horizonte, se tiene que la Empresa para la Seguridad Urbana ESU, disfrazó el contrato de trabajo que la ataba con el señor Osorio García, ya que, utilizó una forma de vinculación inadecuada, es decir, por fuera del ámbito de

justificación de las normas que regulan el derecho laboral, cuando lo que debió hacerse era vincular al actor mediante contrato laboral con todas sus formalidades, para que desempeñara las funciones propias de su objeto, y bajo su subordinación, y no acudir a un modelo de contratación que además de ser inviable, por razón de los servicios objeto del contrato, tuvo la intención de encubrir una verdadera relación de trabajo con el demandante, pues como bien lo dijo el juez de alzada, aquellas labores para las que fue contratado no era transitorias, sino permanentes.

Acorde con lo dicho en precedencia, fácil es concluir que no le asiste ninguna razón a la censura, puesto que el Tribunal cumplió con el deber de examinar con rigor la conducta de la entidad accionada, encontrando que esta incumplió con la obligación de reconocer al accionante, el carácter de subordinado que tenía, de lo cual se deduce, que su conducta estuvo desprovista de razones atendibles constitutivas de la buena fe, lo que condujo a imponer condena por la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797/49, sin que en manera alguna ello conllevara al desconocimiento de la jurisprudencia de esta Sala como lo aduce la recurrente, puesto que ello depende de lo que se evidencie en cada caso en particular, como ya se dijo, acorde con la situación fáctica que arroje el material probatorio

Bajo ese entendido, se reitera que el ente **empleador llamado a juicio no suministró razones convincentes que justificaran su conducta omisiva, por lo que esta no queda enmarcada dentro de la buena fe eximente de la indemnización moratoria. En cambio, está demostrado que se apartó de las reglas sobre la celebración y ejecución de los contratos de prestación de servicios, con el propósito de ocultar una verdadera relación de trabajo subordinado; con ello, afectó los derechos de la promotora del juicio.**

(Resaltos propios).

En este orden de ideas, se condenará a Hoteles Decameron Colombia S.A.S. al reconocimiento de la indemnización moratoria.

Respecto a la **liquidación**, debe la Sala acudir a la modificación efectuada por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 al artículo 65 del C.S.T debiéndose entender que para los trabajadores que devenguen más de 1 SMLMV, como en este evento, debe pagar como indemnización *una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses*, a partir de los cuales únicamente correrán intereses moratorios.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el último salario devengado por el trabajador era de \$1.250.100, la sanción equivale a la suma de **\$30.002.400** por los primeros 24 meses, a partir del mes 25, es decir, 7 de agosto de 2018, la demandada debe pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre las prestaciones adeudadas, es decir, respecto de \$8.127.622, excluyendo las vacaciones de acuerdo a los razonamientos de la Corte Constitucional mediante sentencia C-892 de 2009.

De otro lado, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 contempla la sanción moratoria por NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS, consistente en un día de salario por cada día de retardo cuando el empleador incumple el plazo legal para depositar este rubro en el fondo seleccionado por el trabajador; esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que se causa el auxilio. De

considerarse procedente, se contabiliza hasta cuando se efectúe la consignación de cesantías de los períodos adeudados al fondo al que se encuentre afiliado o seleccione el trabajador o, en su defecto, hasta la fecha de la finalización del vínculo laboral, toda vez que a partir de este momento surge la obligación a cargo del empleador de pagar las cesantías definitivas y empieza a correr la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Y es que el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, reza:

“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo

En el caso de autos la empresa demandada no acreditó haber cumplido con dicha obligación por lo que es procedente imponer dicha sanción, la cual se calculara desde el 15 de febrero del año subsiguiente a la causación del auxilio de cesantías, por ser la fecha límite para su consignación, teniendo en cuenta el salario promedio del año anterior, y hasta el 7 de julio de 2016, cuando feneció el vínculo laboral y por tanto se extinguió la obligación de consignación, conforme lo analizó la Corte en sentencia con radicado 79872 de 2020.

SANCION MORATORIA POR LAS CESANTÍAS DE 2013

DESDE	HASTA	DIAS DE MORA	SALARIO	SALARIO DIARIO	SANCION MORATORIA
15/02/2014	07/07/2016	863	\$909.660	\$30.322	\$26.167.886

SANCION MORATORIA POR LAS CESANTÍAS DE 2014

DESDE	HASTA	DIAS DE MORA	SALARIO	SALARIO DIARIO	SANCION MORATORIA
15/02/2015	07/07/2016	503	\$1.366.788	\$ 45.560	\$22.916.680

SANCION MORATORIA POR LAS CESANTÍAS DE 2015

DESDE	HASTA	DIAS DE MORA	SALARIO	SALARIO DIARIO	SANCION MORATORIA
15/02/2016	07/07/2016	143	\$1.495.340	\$ 49.845	\$7.127.835

Por consiguiente, se tiene que HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. deberá pagar a la señora Margarita Rocío Eusse Zuluaga a título de sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, un total de **\$56.212.401**.

HORAS EXTRAS

Nuestro órgano de cierre a mantenido un criterio pacífico al indicar que cuando se reclama trabajo suplementario como horas extras, **corresponde a quien solicita su pago, demostrar que laboró**

ese tiempo adicional que reclama, con tal precisión y claridad que no haya duda sobre cuáles fueron las horas extras laboradas, véase las sentencias de radicación 45.956 de 2019, 58.856 de 2018, 68.686 y 70.013 de 2020 sólo por citar algunas, última de ellas donde expresamente indicó que convenía *memorar que la jurisprudencia de esta Corporación ha enseñado el deber que recae sobre el demandante de demostrar de manera clara, completa y precisa el trabajo suplementario*.

Ahora, dicho concepto se contrapone con la noción de salario a destajo, donde a mayor tiempo invertido, mayor remuneración se percibirá. Empero, al margen de la discusión que ello podía suscitar, en uno u otro caso, dicha pretensión no tendría vocación de prosperidad, por cuanto, en gracia de discusión, NO se acreditó que la demandante trabajase un tiempo superior a la jornada mínima de la época.

RESTITUCIÓN DEL 100% DE LOS APORTES EFECTUADOS A SEGURIDAD SOCIAL

Ninguna orden se emitirá, pues si bien la demandada centró su defensa en la existencia de un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que en parte alguna se acreditó el monto de los aportes que mes a mes debió sufragar la trabajadora, para efectos de ordenar el pago y/o restitución del porcentaje que legalmente le correspondía al empleador frente a cada subsistema. Aunado a ello, conforme se aprecia en la historia laboral, en los extremos temporales referidos, la señora Margarita Roció NO se registró como trabajadora independiente al régimen pensional, por lo que tampoco podría acudir a dicho documento para realizar una eventual liquidación.

INDEXACIÓN

Inicialmente cabe resaltar que conforme lo ha definido la Sala Laboral de la Corte Suprema Justicia a partir de las sentencias con radicado 29531 y 32020 que unificaron el criterio que ahora resulta imperante sobre la materia, la indexación no es una condena en sí misma considerada, sino que corresponde a un fenómeno económico consistente en la compensación dineraria por el transcurso del tiempo, a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Empero, la indexación solo es procedente respecto a la indemnización por despido sin justa causa y las vacaciones, pues la sanción moratoria procede frente al no pago de *salarios y prestaciones sociales*, es decir, prima, cesantías e intereses a las cesantías, toda vez que las vacaciones no son una prestación social sino un descanso remunerado, tal y como lo analizó la Corte Constitucional en sentencia C-892 de 2009, cuando declaró la constitucionalidad de la expresión “*por concepto de salarios y prestaciones en dinero*.” contenida en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 29 de

la Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del CST y regula la indemnización moratoria. En esta oportunidad dijo la Corte:

“En primer término, debe insistirse que el concepto “salarios y prestaciones en dinero” es lo suficientemente omnicomprensivo de los ingresos que recibe el trabajador como retribución por la actividad laboral. Para el caso particular de las vacaciones, que el actor utiliza como ejemplo para defender la inconstitucionalidad de la expresión acusada, la Corte advierte que, en estricto sentido, no se trata de una retribución en dinero por la labor efectuada, sino un derecho que se perfecciona a través del goce del descanso remunerado (...)”

Más adelante indicó:

(...) A partir de las consideraciones expuestas, se tiene que las vacaciones son, ante todo, el disfrute del trabajador de un descanso remunerado, cuya conmutación en dinero es del todo excepcional y está sometida a estrictos controles legales, precisamente porque el goce efectivo de ese derecho se logra a partir de la cesación en la prestación del servicio y no en percibir una determinada suma de dinero.” (...)

Y continuó:

(...) En segundo término, la afectación desproporcionada de los derechos del trabajador por la exclusión de indemnización moratoria o los intereses supletorios para determinadas acreencias laborales es apenas aparente, puesto que esas modalidades de indemnización no son la única vía para garantizar la actualización de las sumas debidas. En efecto, en los casos que no proceda la indemnización moratoria o los citados intereses, bien porque la acreencia debida no se circunscriba al concepto “salarios o prestaciones en dinero” o porque en el caso concreto se haya demostrado que el patrono incumplió de buena fe, esto es, sin tener conciencia de adeudar la suma correspondiente, en cualquier caso procede la indexación o corrección monetaria respecto de los montos adeudados, ello con el fin de evitar que la desactualización de la moneda constituyan una carga irrazonable contra el trabajador demandante(...)”

Por tanto, es claro que como las vacaciones y la aludida indemnización por despido injusto debieron cancelarse al finiquito de la relación laboral, ambos emolumentos se quedarían sin un sistema de resarcimiento ante su depreciación, por lo que frente a estas es viable ordenar la INDEXACIÓN, cuya liquidación corresponderá al demandado teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de causación de cada emolumento y como índice final el vigente a la fecha del pago, aplicando la siguiente fórmula: $Indexación = índice\ final / índice\ inicial \times capital - capital$.

Se condenará en costas en ambas instancias a HOTELES DECAMERON DE COLOMBIA S.A.S. por haber salido vencidas en juicio. En esta instancia se fijarán como agencias en derecho la suma de \$3.480.000. En primera instancia serán tasadas en su debida oportunidad procesal.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE

PRIMERO: REVOCA la sentencia absolutoria proferida el 20 de febrero de 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARGARITA ROCIO EUSSE ZULUAGA** identificada con cédula de ciudadanía No. 42.687.093, contra la sociedad **HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S.**, y en su lugar se declara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 12 de abril de 2013 hasta el 7 de julio de 2016.

SEGUNDO: se **CONDENA** a la sociedad **HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S.** a reconocer y pagar a la demandante, los siguientes conceptos:

a) Indemnización por despido sin justa causa:	\$3.113.582
b) Cesantías:	\$4.165.936
c) Intereses a las cesantías:	\$384.502
d) Prima de servicios:	\$3.577.184
e) Vacaciones:	\$2.082.968
f) Sanción moratoria del art. 99 Ley 50/1990:	\$56.212.401
g) Sanción moratoria art. 65 CST:	\$30.002.400

A partir del 7 de agosto de 2018, la demandada debe pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre las prestaciones sociales adeudadas, es decir, respecto de \$8.127.622, hasta el momento del pago.

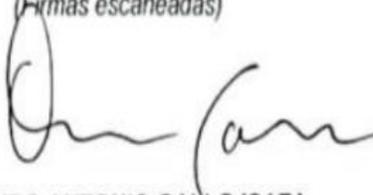
Igualmente deberá indexar el valor adeudado por concepto de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

Lo anterior conforme lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: costas en ambas instancias a cargo de la sociedad HOTELES DECAMERON DE COLOMBIA S.A.S. En esta instancia se fija como agencias en derecho la suma de \$3.480.000. En primera instancia serán tasadas en su debida oportunidad procesal.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCIA GARCIA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Proceso: ordinario laboral- consulta
Demandante: **MARGARITA ROCIO EUSSE ZULUAGA**
Demandado: **HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S.**
Radicado No.: 05001-31-05-009-2017-00700-01
Tema: contrato realidad
Decisión: **REVOCA y en su lugar CONDENA**
Fecha de la sentencia: **15/06/2023**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 16/06/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario