

Radicación No.: 66001-31-05-004-2020-00289-01
Demandante: Eliana María Arce
Demandado: Disney Tours S.A.S.
Magistrado Ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda
Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad parcial frente a la providencia mayoritaria respecto de dos puntos: 1) El interregno en que la demandante fue contratada mediante contrato de prestación de servicios para el cargo de "asesora externa"; 2) pago de bonificaciones. Fundamento mi desacuerdo en las siguientes razones:

- 1) Contrato de prestación de servicios.- Aplicación de perspectiva de género:** En la apelación se solicita que **se aplique perspectiva de género** en el interregno en que se contrató a la demandante con contrato de prestación de servicios, **debido a que la contratación bajo esa modalidad se hizo atendiendo su estado de embarazo, como se infiere del interrogatorio de parte del representante legal de la empresa, quien dijo que la vinculó para "hacerle un favor"**. Ello ciertamente **amerita la aplicación de esta herramienta porque tan pronto la demandante dio a luz, fue contratada con contrato laboral. Una práctica que, en principio, resulta discriminatoria, pues la contratación de una mujer embarazada no se reduce a "hacerle un favor", ya que la mujer gestante no está enferma ni incapacitada, ni impedida para trabajar, y su estado de embarazo jamás debe ser un obstáculo para que le den una oportunidad laboral.**

En la sentencia de la cual me aparto, se habló del tema de perspectiva de género, pero su insinuación fue puramente retórica, pues finalmente se

ignoró la situación fáctica de la mujer, es decir, no se aplicó esta herramienta con la rigurosidad, seriedad y conocimiento del tema con la que debe hacerse. Este es un claro ejemplo de que aplicar perspectiva de género no se reduce a mencionarlo en la sentencia, como se hizo en este caso, sino en aplicar el método que el tema exige, amén de atender todas las reglas convencionales, legales y jurisprudenciales que las altas Cortes han reclamado con vehemencia de parte de todas y todos los operadores jurídicos. **No aplicar perspectiva de género cuando el caso lo amerita o hacerlo deficientemente viola el derecho a la igualdad de la demandante por parte de la judicatura.**

Pues bien, recordemos que la demandante inicialmente estuvo vinculada a la empresa como **asesora externa** mediante un contrato de prestación de servicios del 13/02/2017 al 18/12/2017, y a partir del 19 de diciembre de 2017, esto es, un día después de la terminación de este contrato fue vinculada laboralmente a la empresa (contrato de trabajo). Bajo este contexto, empiezo por decir, que **no puede perderse de vista que las funciones que la demandante ejerció como asesora comercial "externa", hacen parte de las funciones que luego desarrolló mediante contrato de trabajo como "asesora interna"**. De manera que el hecho de que se le hayan impuesto nuevas funciones en su contrato laboral, per sé no descarta que las labores como asesora externa no tenga la naturaleza de una relación laboral, como parece insinuarse en la sentencia de las mayorías.

En ese sentido, teniendo en cuenta que la demandante estaba en estado de gravedad cuando fue contratada y que sus funciones son las mismas que ejerce una asesora comercial "interna", **la contratación a través de un contrato de prestación de servicios fue discriminatoria por cuanto se hizo por su condición de mujer**. Indicio grave de ello es el hecho de

que tan pronto dio a luz fue vinculada a la empresa con un contrato laboral, con las mismas funciones principales: asesora comercial. **Este trato discriminatorio viola el derecho a la igualdad de la demandante por parte de la empresa demandada.**

Como puede verse, el argumento de que sus funciones debían hacerse en la calle (búsqueda de clientes) y no en la oficina y que por eso no había subordinación, es artificioso y desconoce las reglas de la experiencia. La búsqueda de clientes es la tarea más importante de un asesor comercial, prácticamente la columna vertebral de las empresas que se dedican al turismo. Esa búsqueda se hace fuera de la oficina, como se estila, por cuanto el asesor debe visitar al potencial cliente, cautivarlo y mostrarle el portafolio de servicios. Pero ello, per sé, no significa ausencia de subordinación. Tan cierto es lo anterior, se itera, que luego a la demandante la vincularon con un contrato laboral en el que tenía que hacer exactamente lo mismo, esto es, buscar clientes en la calle más otra serie de funciones que no desdice de su función principal (buscar clientes).

Aparte de este trato discriminatorio, como en el proceso se demostró la prestación personal del servicio, le correspondía a la parte demandada derribar la presunción del artículo 24 del CST, situación que no lo logró por cuanto su defensa se redujo a dos argumentos: 1) Que su vinculación con un contrato de prestación de servicios era para hacerle un favor por cuanto estaba embarazada, un argumento bastante discriminatorio, 2) Que su función era en la calle, argumento que se cae por su propio peso, porque efectivamente, cualquier asesor comercial interno o externo de esa empresa, tiene que salir a la calle a buscar clientes, máxime en una época en donde la presencialidad era indispensable porque aún no habíamos vivido la pandemia (13/02/2017 hasta el 18/12/2017).

Por lo tanto, quedó demostrado que durante ese interregno el contrato fue de tipo laboral y había lugar a analizar las prestaciones laborales solicitadas durante ese lapso. Sobra decir, que la vinculación discriminatoria de la demandante durante ese intervalo, la privó del sistema de seguridad social en salud, tan importante en el estado de gestación, además de la seguridad social en pensiones.

2) Pago de bonificaciones: Respecto de este tema, recordemos que el último contrato laboral de la demandante se celebró el 01/04/2018 y en él se pactó comisión por ventas cerradas del 5% cliente nuevo y 2% si era con cliente antiguo. Sin embargo, y de acuerdo a la prueba documental, **el empleador cambió UNILATERALMENTE las condiciones de ese contrato a partir del 15 de abril de 2018, cuando se estaba ejecutando el contrato.** Las fechas son importantes en este tipo de discusiones, así que resulta muy pobre el argumento de que las modificaciones se hicieron en el año 2018 y que la demandante las aceptó a partir del año 2018 como se dice en la defensa y en la ratio decidendi de la sentencia de la cual me aparto (espero que la Magistrada Ponente no cambien a última hora el argumento, como ha sucedido en otras ocasiones); hay que establecer unas fechas exactas en lo posible.

En efecto, la parte demandada dijo en su defensa, según lo que se narra en la sentencia, *"que a partir del 2018 se suscribió un nuevo contrato porque las bonificaciones se estaban pagando sin descontar los gastos operacionales directos e indirectos, lo que estaba ocasionando un "desangre" de la empresa (fl. 4, contestación a la demanda, exp. Digital), y agregó que dicha modificación fue informada a la demandante que estuvo de acuerdo en continuar con la empresa con el nuevo contrato que modificaba la situación (ibidem)".* Es decir, como artificio, se abstuvo de

indicar fechas y sólo se refiere al año 2018, sin más ni más (como se hace en la sentencia de la cual me aparto). Si “el desangre de la empresa” era una realidad para el 1 de abril de 2018, no se entiende porqué ese aspecto no fue incluido en ese nuevo contrato. Además, la parte demandada jamás probó en el proceso el supuesto desangre económico de la empresa.

En conclusión, debió analizarse la cláusula que estableció el porcentaje de las comisiones y liquidarlas en el presente caso para luego contrastarlas con las comisiones que se le pagaron a la demandante.

En estos términos sustento mi salvamento parcial de voto, advirtiendo que en lo único que estoy de acuerdo es con el análisis que se hizo respecto a la reclamada comisión por el contrato celebrado con el establecimiento ARA, por cuanto efectivamente se acordó que la comisión se pagaría una vez suscrito el contrato entre la empresa de turismo y ese establecimiento comercial, cosa que sucedió cuando la demandante ya había salido de la empresa.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ana Lucía Caicedo Calderón', with a large, stylized flourish at the end.

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada