

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA**



SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

ACTA NÚMERO: 44 DE 2020

Neiva, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LEONARDO CORTÉS CONTRA GRUPO EMPRESARIAL SERVIMENSAJERÍA S.A.S. y SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A. RAD. No. 41001-31-05-001-2015-00918-02.

La Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede, en forma escrita a dictar la siguiente,

SENTENCIA

TEMA DE DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el 3 de agosto de 2016, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, por medio de la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el Grupo Empresarial Servimensajería y se fulminaron condenas en su contra.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante, previo a que se declare la existencia de una relación laboral con la demandada Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S. se condene al pago de prima de servicios, cesantías, vacaciones, intereses sobre las cesantías, auxilio de transporte, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de las cesantías

en un fondo, reajuste del salario al mínimo legal mensual vigente, indemnización por terminación injusta del contrato, indexación y lo que resulte probado bajo las facultades ultra y extra petita, condenas sobre las que solicita se declare solidariamente responsable a Supertiendas y Droguerías Olímpica, propietaria de la agencia Super Almacén Olímpica SAO 380 Neiva.

Como pretensión subsidiaria solicita se declare probada la existencia de intermediación y/o tercerización laboral y por consiguiente, se determine como empleador a Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., propietaria de la agencia Super Almacén Olímpica SAO 380 Neiva.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, expuso los siguientes hechos:

Mediante contrato escrito de prestación de servicios se vinculó al Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S., para prestar el servicio de mensajería de alimentos, productos y objetos varios a favor de la Agencia Super Almacén Olímpica SAO 380 Neiva, propiedad de Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., labor por lo que percibía una remuneración variable que en promedio ascendía a \$500.000 mensuales, en un horario de lunes a domingo de 8:00 am hasta las 12:00 pm y de 2:00 pm a 8:00 pm, sin que se le pagarán horas extras.

Servimensajería le impuso un reglamento de transporte terrestre a domicilio, en el que se establecía la obligación de llegar con 10 minutos de anticipación al punto de trabajo, portar el uniforme, carnet, documentos de la moto y personales, que en caso de no poder asistir debía avisar con anticipación, portar reloj para controlar el tiempo de entrega, informar en el punto las horas de llegada, almuerzo y salida, acatar órdenes, diligenciar planillas y retornar los implementos de trabajo en el estado que fueron entregados.

Recuerda que el 19 de marzo de 2015 el Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S., le informó que el contrato terminaba, sin que se expresara motivo que lo justificara; el 8 de abril de ese año se le entregó una liquidación de un fondo voluntario administrado por Servimensajería, del que se le descontó llegadas tarde, inasistencias, entre otros. En el tiempo que duró la relación laboral no se le pagó

prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, aportes parafiscales y tuvo que afiliarse como independiente para riesgos laborales.

Finalmente, asegura que las labores que cumplía en el Super Almacén Olímpica SAO 380 Neiva, eran también ejercidas por personal de planta de esa compañía.

Admitida la demanda por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva y corrido el correspondiente traslado (fl. 56), las demandadas Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S. y Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. dieron contestación a la demanda así.

Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S. se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, pues niega que con el demandante haya mantenido un contrato de trabajo y formuló como excepciones de mérito las que denominó: Inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, carencia de acción y prescripción.

Por su parte, Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. se opuso a las pretensiones declarativas que tienen que ver con la presunta responsabilidad solidaria como beneficiaria de los servicios prestados por el actor, así como aquella que busca se declare que existió intermediación laboral ilegal y/o tercerización y todas las restantes peticiones de condena; esgrimen en su defensa que lo que existió fue una relación comercial de *outsourcing* de servicios con el Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, Inexistencia de las obligaciones, temeridad y mala fe de la parte actora, cobro de lo no debido, compensación y pago, enriquecimiento sin justa causa y buena fe.

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia calendada el 3 de agosto de 2016, encontró que entre Leonardo Cortés y el Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S. existió un contrato de trabajo de duración indefinida entre el 1º de octubre de 2013 hasta 19 de marzo de 2015 y condenó a pagar los conceptos de indemnización por la terminación sin causa justificada del contrato de trabajo, prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo y la indemnización moratoria; absolvió a Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. y condenó en costas a la parte vencida.

Para llegar a esa determinación, encontró demostrado que al demandante le fue impuesto para desarrollar su labor, el cumplimiento de una jornada de trabajo, periodos de descanso, formatos para cumplir su labor, el uso de uniforme y estar bien presentado, llegar 10 minutos antes de la hora en el lugar requerido, no cobrar propinas y colaborar con los quehaceres rutinarios, todo lo cual denota órdenes e instrucciones que nada tienen que ver con una labor autónoma o independiente, por lo que concluyó que entre las partes existió una verdadera relación laboral regida por un contrato de trabajo, que terminó sin justa causa. Como no encontró probado el pago de acreencias laborales derivadas de la relación laboral, las liquidó y ordenó su pago, al igual que auxilio de transporte dado que recibía menos de 2 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

Consideró que conforme se incumplió la ley por la no consignación de las cesantías a un fondo de seguridad social, la condenó al pago de dicha sanción, así como la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., dado a que no encontró justificación para que el empleador no reconociera y pagara las acreencias de índole laboral.

En cuanto a que se declare una intermediación laboral, precisó que Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. no fue empleador del demandante y lo que existió fue un contrato comercial para la prestación de servicios de transporte de domicilios, lo cual consideró legal, pues tiene como fin, que un tercero preste una actividad que no es propia de la empresa contratante y en cuanto a la solidaridad, no la encontró acreditada, porque no existe relación entre los objetos sociales de las empresas demandadas, aunado a que las actividades ejercidas por el demandante, son propias del objeto que desarrolla Servimensajería, por lo que es a esta a la que le corresponde el pago de la condena.

Inconformes con la decisión, el apoderado del demandante, así como la del Grupo Empresarial Servimensajería S.A., interpusieron recurso de apelación los que fueron concedidos en el efecto suspensivo.

RECURSO PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante, solicita se revoque la sentencia, en el sentido de que la relación laboral que se encontró probada entre el demandante y el Grupo Empresarial Servimesajería S.A.S. lo sea entre Leonardo Cortés y Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A.S.

Como sustento del recurso afirmó, que el *a quo* tuvo por probado un contrato de *outsourcing* entre Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. y el Grupo Empresarial Sevimensajería S.A.S., frente a lo cual, sólo se demostró una oferta comercial pero no el respectivo contrato.

Reclama que era Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. la que entregaba a su representado la dotación, lo identificaba como trabajador de la entidad, las órdenes que recibía eran del personal de Olímpica, pues el servicio era de mensajero, el cual corresponde a una actividad esencial de ella, por lo que considera que se dieron los elementos para que se configure el contrato de trabajo con Olímpica, enfatizando en que el servicio de mensajería no es una labor extraña sino que conexas a su objeto social o que en su defecto se declare que es solidariamente responsable de las condenas impuestas.

RECURSO PARTE DEMANDADA

La sociedad Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S., por conducto de apoderada, apeló la sentencia de primera instancia, para que la misma sea revocada y en su lugar, resulte absuelta de las pretensiones.

Argumentó, que entre las partes no existió un contrato laboral, porque no se configuraron los elementos del artículo 23 del C.S.T.; que lo que se suscribió fue un contrato de prestación de servicios dentro del cual se estableció la forma como se coordinaban esos servicios, lo que no es equivalente a la imposición de órdenes; que la subordinación debe ser continua, lo que en el presente caso no se da, toda vez que su domicilio es en la ciudad de Bogotá. Agrega que el actor no

prestó los servicios en las instalaciones de la sociedad y por el contrario, los contactos y entrevistas se realizaban en las instalaciones de Olímpica S.A.

Finalmente alega que el salario, fue referido por el propio demandante en la suma de \$500.000 y no existe prueba que acredite la cifra determinada por el juzgado y en consecuencia no se podría emitir condena alguna.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante sostiene en sus alegatos finales que en el proceso se logró demostrar que su poderdante prestó sus servicios subordinados en favor de la empresa OLIMPICA S.A., como mensajero de los productos que dicha sociedad comercial ofrece, por lo que es la total beneficiaria del servicio que prestaba, tanto así que es de común conocimiento que ofrece el servicio de domicilios de sus productos, lo que hace que exista solidaridad en el pago de acreencia laborales con base a múltiple jurisprudencial.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SERVIMENSAJERÍA S.A.S.

La apoderada de Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S., dentro de la oportunidad para alegar de conclusión, reiteró que con el demandante jamás se ha mantenido relación laboral, que en desarrollo de su objeto social, suscribe contratos de prestación de servicios con diferentes empresas del sector privado y ello conlleva a su vez, a la celebración de contratos de servicios con contratistas independientes que ejecutan dicho objeto social. Sostiene que con relación a la parte que representa, no se verifican los elementos del contrato de trabajo, como sí ocurre con la demandada Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. En lo que concierne al trámite del proceso, llama la atención de que el recaudo de pruebas se hizo mientras que el expediente se encontraba en el tribunal y alega haber actuado de buena fe, por lo que solicita se revoque la sentencia impugnada y se absuelva a su representada de las pretensiones.

SE CONSIDERA

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos del artículo 66-A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el objeto de estudio se centrará en determinar, i) si entre el demandante y Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. existió un real contrato de trabajo, ii) Si entre el demandante y la sociedad Grupo Empresarial Servimensajería existió un real contrato de trabajo, y iii) de resultar avante el anterior problema jurídico, se debe establecer si Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. es solidariamente responsable de las condenas y iv) establecer, si estuvo bien determinado el salario sobre el cual se liquidaron las condenas.

Por razones de orden, se estudiará de entrada la apelación de la parte demandante, en cuanto busca que el contrato laboral declarado en la primera instancia, entre el demandante y el Grupo Empresarial Servimensajerías, lo sea en las mismas condiciones, pero ya no con esta última, sino con Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A.

Pues bien, para resolver el problema respecto del hecho de que en el escrito promotor del proceso, en el acápite de pretensiones, el demandante solicitó como "*Principales Declarativas*", que:

"PRIMERO: Se declare que entre el GRUPO EMPRESARIAL SERVIMENSAJERÍA S.A.S. y mi poderdante, el señor LEONARDO CORTÉS existió un contrato realidad de trabajo. (...)"

Y como "*secundaria declarativa*" que:

"PRIMERO: Se declare probada la existencia de intermediación y/o tercerización laboral y por consiguiente se determine como empleador a la empresa Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. con NIT 890107487-3 propietaria de la Agencia Super Almacén Olímpica SAO 380 Neiva."

El *a quo*, en el tema de la intermediación, encontró que entre Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. y Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S. mantuvieron un contrato comercial para que esta última prestara el servicio de transporte de domicilios a fin de que se brindara un especial servicio a los clientes de Olímpica S.A., por lo que concluyó que se trata de una contratación legal a fin de que un tercero preste los servicios de transporte, actividad que no es propia de la empresa contratante, lo cual es admisible y viable legalmente; con lo que descartó una

intermediación ilegal y por esa vía una relación laboral entre el demandante y Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A.

El recurso de apelación no pretende derruir la conclusión a la que llegó el juez de primera instancia ni las consideraciones que le sirvieron de fundamento, pues niega la existencia del *outsourcing*; en su sentir, porque no fue probado el contrato y que *"en el caso que nos atañe Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A.S., entregaba la dotación, que era portada por el demandante y que lo identificaba como trabajador de la entidad; por lo que reparó que el real empleador era Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A.S."*, lo cual en efecto constituye una reforma de la demanda, en la medida en que, conforme el planteamiento que se le dio, Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. sólo llegaría a ser el verdadero empleador del actor, en la medida en la que se encontrara acreditada una intermediación o tercerización ilegal en los términos del numeral 3º. del artículo 35 del C.S.T., mientras que el recurso introduce una nueva pretensión, en el sentido de que se debe declarar la existencia del contrato de trabajo con Olímpica, bajo el supuesto de que con ella se acreditaron los elementos esenciales de una relación laboral.

Importa a la Sala señalar que de conformidad con el artículo 28 del código Procesal Laboral, es posible reformar la demanda por una sola vez, *"dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término del traslado de la inicial o de la de reconvención"*, luego es a todas luces claro la improcedencia de la reforma de la demanda en la etapa del recurso de apelación contra la sentencia de mérito y que puso fin a la primera instancia y bajo esa perspectiva, no es posible el estudio de tal pretensión en la alzada.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Al punto de la clarificación de la existencia del contrato de trabajo, interesa a la Sala tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, la existencia de un vínculo laboral se verifica con la determinación de tres requisitos esenciales, a saber: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia; y, iii) el salario como contraprestación del servicio.

No obstante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 del C.S.T., a quien reclama la existencia de una relación laboral le basta acreditar la prestación personal del servicio para que el juez presuma la existencia del vínculo contractual, supuesto de facto que invierte la carga de la prueba, y obliga al extremo pasivo acreditar que tal prestación se desarrolló de manera independiente o propia de otro tipo de vinculación, sea ésta comercial o civil, así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 2879 de 2019, con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga, oportunidad en la que el Alto Tribunal enseñó *"... para poder aplicar esta figura, es posible deducirlo tanto de lo informado por el demandado al contestar la demanda, o absolver un interrogatorio, como de los documentos aportados, que formalmente muestran un contrato de otra naturaleza, pues con ello se acredita objetivamente la prestación personal del servicio sin ningún otro aditamento, que inmediatamente activa la presunción de existencia del vínculo laboral, trasladándose la carga probatoria al convocado, para ir más allá de lo que señalan esos documentos, o su propio dicho, en aras de demostrar, que el nexo contractual fue de tipo independiente y autónomo"*

Por ende, al demandante le basta demostrar la prestación personal del servicio a favor de quien afirma ostentó la condición de empleador para que se presuma la existencia de la relación laboral que reclama; supuesto de facto que traslada la carga de la prueba a la parte accionada, a quien le corresponderá desvirtuar dicha presunción.

Así mismo, la hipótesis que trae consigo el artículo 24 del C.S.T., guarda estrecha relación con el principio de la primacía de la realidad, elevada a rango constitucional con el artículo 53 de la Carta Política, el cual no puede ser desvirtuado únicamente con la simple manifestación de una de las partes (por lo general el empleador), de que lo convenido fue a través de la modalidad civil o comercial, así como tampoco, con la somera calificación de los testigos, o que la nominación de los documentos presenta tal o cual titulación, pues precisamente, la relación laboral puede camuflarse con tales estipulaciones o sencillamente haber transmutado a pesar de la primera intención de los contratantes.

Ahora bien, tal y como lo consideró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias con radicación interna 36748 de 23 de septiembre de

2009, 42167 de 6 de marzo de 2012 y SL 1378 de 2018, la sola presunción que establece el artículo 24 del C.S.T., no libera al demandante del deber que le asiste de probar otros elementos que, por su naturaleza, resultan necesarios para la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y la consecuente condena por concepto de acreencias laborales, esto es, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, entre otros. Para tal efecto, la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral enseñó que:

"...recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros.

(...)

Así las cosas, queda claro que el Tribunal no cometió la equivocación jurídica que le imputa la censura, en la medida en que sí aplicó el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pero además lo hizo en la forma en que la jurisprudencia lo tiene definido, pues partió de la presunción consagrada en dicho precepto; empero negó las pretensiones por falta de prueba de las fechas de iniciación y terminación del contrato de trabajo..."

Así las cosas, y acorde con el sustento normativo, corresponde examinar el material probatorio allegado al proceso, para determinar si se logró establecer la existencia de la relación laboral, en esa línea, se tiene que el demandante suscribió el 1º de octubre de 2013 con G.E. Servimensajería S.A.S., contrato denominado "*de prestación de servicios de transporte terrestre de documentos, alimentos y objetos varios a domicilio*", cuyo objeto estableció que "*EL CONTRATANTE contrata de EL CONTRATISTA la prestación de servicios de transporte y entrega a domicilio de Documentos (no papeles valores), alimentos y objetos varios, de "clientes de EL CONTRATANTE", para ser trasladados a sitios señalados por éste dentro del perímetro urbano*", hecho con el que se establece la prestación personal de servicios del actor en favor de la demandada G.E. Servimensajería S.A.S. y con lo que se presume que el vínculo fue de naturaleza laboral, por lo que corresponde a Servimensajería que en el curso del proceso, hubiese desvirtuado tal presunción, probando que los servicios que contrató con Leonardo Cortés, estuvieron desprovistos de subordinación jurídica.

Ahora, en el contrato de prestación de servicios suscrito entre el demandante y Sevimensajería se establece una cláusula de exclusividad de *"no prestar sus servicios directa o indirectamente a los clientes del CONTRATANTE, durante la vigencia de este contrato y hasta después de 6 (seis) meses de culminado el presente contrato..."* (fls. 38 - 40, 95 - 97 y 126 - 128), y a folio 41 se observa documento denominado reglamento de transporte terrestre a domicilio para los motorizados, el cual fue recibido por Leonardo Cortés el 10 de octubre de 2013, en el que se le imponían obligaciones tales como llegar con 10 minutos de anticipación al punto, portar siempre el uniforme del trabajo, guardar respeto y actitud de servicios con los superiores, compañeros y clientes, colaborar con los quehaceres rutinarios del establecimiento donde se está prestando el servicio, en horas laborales tenía prohibido presentar olor a tabaco o alcohol, entre otras.

Ahora, al proceso se vertieron las declaraciones de Gustavo Adolfo Victoria Andrade, Ángela Fernanda Hermida Chávarro y Yonny Alexander Álvarez Ospina, los cuales fueron convocados por la demandada Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. quienes al unísono manifestaron conocer a Leonardo Cortés, porque prestó los servicios de domicilios a través *outsourcing* con la empresa Sevimensajería S.A.S.

Gustavo Adolfo Victoria Andrade en su declaración en calidad de gerente del negocio SAO 380 Neiva, precisó que *"si el cliente requiere que le entreguemos el mercado en la casa, Olímpica contrata esos servicios para que se lo lleven a los clientes [y se] paga por horas trabajadas a Sevimensajería"*. En lo que tiene que ver con los uniformes con distintivos de Olímpica, señaló que *"la empresa contratista sí le daba unos distintivos, por la seguridad del cliente, pues mostrándole que el domicilio que llevaba iba de esta empresa; los distintivos que llevaba eran de sevimensajería y le colocaban el distintivo que identificara que el servicio que estaba llevando era de Olímpica"* y frente al cumplimiento de órdenes de parte Leonardo Cortés, negó que Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. se las impartiera y que por el contrario, *"las [] recibían a través de un supervisor de Sevimensajería... ...nosotros no teníamos ninguna exigencia directa con el señor Leonardo, a nosotros nos prestan el servicio Sevimensajería en unas horas programadas, indiferente a la persona que ellos coloquen"*.

Por su parte, Angela Fernanda Hermida Chávarro, gerente de Olímpica en la ciudad de Neiva, se le indaga si Leonardo Cortés debía cumplir un horario, a lo que respondió que *"eso estaba establecido con servimensajería, o sea ellos cuando ingresan tiene un horario establecido para cumplir en el negocio, hay varios horarios, porque son rotativos y va a depender de la necesidad del negocio, hay unos que entran a las 8:00 am, otros a las 9:00 am, o pueden entrar de 1:00 pm a 9:00 pm, como en el caso del señor Leonardo trabajaba 8 horas, si trabajan un domingo le compensan"*, además de que Leonardo recibía lo de salud y todo lo de Ley de parte de Servimensajería.

Finalmente, Yonny Alexander Álvarez Ospina alistador de domicilios en Olímpica, se le preguntó por los formatos de ingreso y salida del señor Leonardo Cortés, a lo cual explicó *"que eran los que enviaba Servimensajería donde se supervisan unos documentos que se devuelven a Servimensajería"* y con base en los cuales se hacían los pagos.

De las pruebas válidamente practicadas en el proceso, ninguna desvirtúa la presunción que pesa en contra de Servimensajería S.A.S., en cuanto que los servicios prestados por Leonardo Cortés lo fueron bajo la égida de un contrato de trabajo y, por el contrario, sirven al propósito de acreditar que en la realidad medió el elemento de subordinación, determinante de la existencia del vínculo contractual laboral.

Así se afirma, por cuanto es propio del contrato laboral, la imposición de una cláusula de exclusividad, con lo que se ejerce el poder subordinante del empleador, lo cual iría en contravía de un contrato de prestación de servicios, del que se predica la total independencia del contratista.

Además, nótese que el reglamento de transporte terrestre a domicilio para los motorizados, imponía a Leonardo Cortés el cumplimiento de condiciones que implican subordinación, como colaborar con los quehaceres rutinarios del establecimiento donde se está prestando el servicio, es decir, que además de cumplir con el objeto contractual de prestar servicios de mensajería, debía estar dispuesto a atender los requerimientos u órdenes del lugar. También, con la observación de guardar respeto y actitud de servicios con los superiores, compañeros y clientes, de donde se desprende un orden jerárquico al que se encontraba sometido.

Así las cosas, para la Sala no es de recibo la apreciación de la parte recurrente, en cuanto a que como la subordinación debe ser continua, en el presente caso no se podría dar, porque el domicilio de Servimensajería está en la ciudad de Bogotá, frente a lo cual, importa a la Sala señalar que, el correcto entendimiento, es que la continua y permanente subordinación a lo largo del vínculo conforme la doctrina *"se trata más de una posibilidad jurídica que de una realidad"*. Se quiere significar con ello, que la subordinación radica fundamentalmente en el hecho de que el empleador pueda en cualquier momento durante la vigencia del contrato impartir órdenes y en la obligación correlativa del trabajador de acatar su cumplimiento. Más si por la naturaleza del servicio que se preste o por la pericia del trabajador, tales órdenes no se dan en forma permanente o no existe reglamento de trabajo, no por ello, la relación jurídica se desfigura, ni las leyes sociales dejan de amparar.

Finalmente, los testimonios recaudados, lejos de desvirtuar la subordinación jurídica, la afirman en cabeza de Servimensajería, y que, según sus dichos, era esta la encargada de lo que tiene que ver con la remuneración y quien se entendía de todas las quejas, reclamos o vicisitudes que con los domiciliarios se presentan.

De manera que, frente al contrato de trabajo del actor con el Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S. declarado así en la sentencia impugnada, ningún reproche le merece a la Sala tal determinación y por lo tanto este aspecto será confirmado.

SOLIDARIDAD

Pretende la parte demandante la declaratoria de la solidaridad de Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A, frente a las condenas impuestas a la sociedad Grupo Empresarial Servimensajería, por concepto de prestaciones sociales e indemnizaciones, derivados de la declaratoria de la existencia de un contrato laboral, al considerar a aquella como beneficiaria de los servicios que prestó.

Sobre el particular, importa señalar que tiene dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la solidaridad establecida en el artículo 34 del C.S.T. requiere a más de que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, que ésta constituya una función

normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.

Así mismo, tiene adoctrinado la máxima Corporación de Justicia Laboral que, para determinar la responsabilidad solidaria por parte del contratante beneficiario o dueño de la obra, es dable tener en cuenta la actividad específica desarrollada por el trabajador y no sólo el objeto social del beneficiario de la obra.

En efecto, en relación con la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de agosto de 2011, radicación 40.135, reiterando el criterio adoptado sobre el particular puntualizó:

"Es cierto que la jurisprudencia de la Sala, al interpretar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, ha fundado la solidaridad laboral en la relación que exista entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario y dueño de la obra, en cuanto ese artículo preceptúa que: 'Pero el beneficiario o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable...'. "

Por manera que, como lo dijo en la sentencia en la que se apoyó el Tribunal y ha considerado la Sala que, " ...para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal" (Sentencia del 8 de mayo de 1961).

Pero la Corte también ha entendido que la labor específicamente desarrollada por el trabajador es un elemento que puede tenerse en cuenta al momento de establecer la solidaridad laboral del artículo 34 del estatuto sustantivo laboral, en la medida en que es dable considerar que si esa actividad no es ajena a la del beneficiario o dueño de la obra y se ha adelantado por razón de un contrato de trabajo celebrado con un contratista independiente, militan razones jurídicas para que ese beneficiario o dueño de la obra se haga responsable de las obligaciones laborales que surgen respecto de ese trabajador, en cuanto se ha beneficiado de un trabajo subordinado que, en realidad, no es ajeno a su actividad económica principal"

Del anterior contexto jurisprudencial, se colige que la solidaridad en el pago de las acreencias laborales surge cuando la obra, labor o actividad desarrollada por el contratista independiente, es propia del desarrollo normal del contratante.

Supertiendas Y Droguerías Olímpica S.A. – OLÍMPICA S.A., su objeto social comprende "compra, venta, importación, exportación, transformación, empaque, producción y en general el comercio de alimentos y comestibles bebidas,

*medicamentos, cosméticos, artículos y aparatos para el hogar, papelería y libros, prendas de vestir y otros semejantes, operaciones que podrá hacer por cuenta propia o ajena, al por mayor y al detal, de contado y a crédito, y en locales propios o ajenos*¹, mientras que el de Grupo Empresarial Servimensajería S.A.S. corresponde a *"la realización de todas y cada una de las operaciones y actos de comercio autorizados por el Código de Comercio colombiano principalmente: A) el servicio de transporte de cosas, de mercancía y/o de carga liviana a nivel local, nacional e internacional y el suministro de mensajeros motorizados y servicios de transporte vehicular B) los servicios de que trata el outsourcing..."*², al comparar los objetos sociales de las entidades demandadas, se puede concluir que los servicios prestados por el demandante, fueron en beneficio exclusivo de Sevimensajería S.A.S. toda vez que se trató de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de la contratante del servicio.

Lo anterior se afirma, por cuanto si bien Supertiendas Y Droguerías Olímpica S.A., anuncia a sus clientes la entrega a domicilio de mercancías, este servicio no hace parte de su actividad comercial, tanto así que, si se dejará de prestar dicho servicio, su alcance mercantil permanecería. Nótese que los testimonios vertidos al proceso, refirieron que el servicio de domicilio no era sufragado por el cliente, sino que Olímpica asume la contratación de la empresa especializada y es de su peculio que sufraga dicho gasto, sin que reporte algún tipo de utilidad o beneficio para la empresa. Razones por la que se impone confirmar en este aspecto la sentencia apelada.

SALARIO

Finalmente, alega la parte demandada Servimensajería que el valor que se tuvo como salario base para liquidar la condena, no fue probado en el juicio y que por el contrario, no existe prueba de la que se pueda extraer la cantidad devengada y en esa medida no es posible liquidar las acreencias laborales.

Al respecto, se advierte que la aseveración de la abogada recurrente, resulta infundada, pues en verdad Supertiendas Y Droguerías Olímpica S.A., en su

¹ Certificado de existencia y representación legal obrante a folios 27 a 31.

² Certificado de existencia y representación legal obrante a folios 15 a 23.

contestación de demanda aportó como prueba, las cuentas de cobro que le pasaba Servimensajería por los servicios que le prestaba Leonardo Cortés entre el 19 de octubre de 2013 hasta el 19 de marzo de 2015 (fls. 154 a 192), con lo que se evidencia lo que devengaba de manera quincenal el actor, documentos que no fueron objeto de tacha alguna.

Por consiguiente, no se equivocó el *a quo* al valorarlas y extraer de allí el salario devengado por el actor y proceder a promediar para obtener el salario anual, por lo que habrá que confirmarse las condenas impuestas teniendo en cuenta el salario declarado.

Bajo las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia apelada.

Teniendo en cuenta que ninguno de los recursos de apelación prosperó, no hay lugar a condena en costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Neiva, el 3 de agosto de 2016, en el proceso ordinario laboral seguido por **LEONARDO CORTÉS** en contra del **GRUPO EMPRESARIAL SERVIMENSAJERÍA S.A.S. y SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS. Sin lugar a ellas en esta instancia por cuanto no se causaron.

TERCERO. - Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las actuaciones al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



GILMA LETICIA PARADA PULIDO
Magistrada



ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
Magistrada



LUZ DARY ORTEGA ORTIZ
Magistrada