

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Medellín, dos (2) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los Magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES (ponente), VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, cumplido el traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a dictar la sentencia que corresponde en este proceso ordinario laboral instaurado por GIOVANNY DE JESÚS HIGINIO contra COMCEL S.A. y RAIGOZA VILLEGAS S.A.S., como propietaria del establecimiento de comercio CELURED COMUNICACIONES, con intervención en su calidad de llamada en garantía de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA (Págs. 380-382 Archivo 04) (Radicado **05001-31-05-014-2018-00001-01**).

ANTECEDENTES

El demandante pretende se declare que sostuvo una relación de trabajo con las demandadas entre enero de 2009 y septiembre de 2014 para que en consecuencia, se disponga la tercerización ilegal en su contratación por parte de Comcel S.A., para que sean ambas compañías quienes asuman el reconocimiento de cesantías, intereses a la cesantía, primas de servicios, vacaciones, subsidio de transporte, reajuste de salarios, las sanciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización por despido injusto, la indexación y las costas del proceso.

Como hechos relevantes de sus súplicas narró que las convocadas celebraron unos contratos comerciales de distribución para ofrecer los servicios y productos de Comcel S.A. dentro del establecimiento de comercio Celured Comunicaciones, fin para el cual fue contratado el actor por prestación de servicios para desempeñarse como vendedor de manera personal con sometimiento a las políticas de Comcel y Celured, instrucciones que se impartían a través de Raigoza Villegas, debía acatar el reglamento interno de las sociedades y le eran fijados unos objetivos de venta so pena de ser despedido, actividad que derivaba en un salario promedio devengado equivalente a la suma de \$1.200.000, aunque el recibido por los vendedores vinculados era superior. Señala que una vez acogido un cliente a partir de las bases de datos suministradas por Comcel a Celured, debía recibir autorización de las demandadas, además de imponerse su exclusividad en la prestación de su labor, funciones que tenían todo que ver con el objeto social de ambas empresas. Agregó que durante la relación de trabajo no fue afiliado al Sistema de Seguridad Social, ni le cancelaron prestaciones sociales, vacaciones y subsidio de transporte.

COMCEL S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones negando la existencia de un vínculo laboral con el accionante, pero aceptando la relación comercial que se presentó con Raigoza Villegas S.A.S. por medio de un pacto de distribución donde se otorgó plena autonomía financiera y administrativa, sociedad que de paso decidió contratar por servicios al actor. Como medios de defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de contrato de trabajo entre el demandante y Comcel S.A., inexistencia de solidaridad, prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación y buena fe.

En igual oportunidad, esta demandada presentó llamamiento en garantía frente a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA en virtud a la póliza de cumplimiento N° 530-45-994000001079 contratada, cuyo beneficiario es COMCEL S.A y el afianzado Raigoza Villegas S.A.S. (antes Raigoza Villegas & Cía. S. en C.) (Págs. 264-269 Archivo 04).

RAIGOZA VILLEGAS S.A.S. por su parte en igual sentido se resistió a las pretensiones, aduciendo que al demandante no se le contrató por servicios para trabajar en favor de la sociedad, sino que en virtud de la relación comercial suscitada con Comcel S.A. se dio acceso a sus productos y servicios para que el actor desarrollara su propio modelo de negocio y eventualmente lucrarse de la marca Claro, lo que realizaba en su tiempo y horario sin supervisión, bajo su criterio y dominio, cuya movilización del Municipio de Medellín era por decisión propia, eso sí, con directrices que provienen de Comcel S.A. por el uso de la marca para conservar su buen nombre, lo que da lugar a capacitaciones en las que se suministraba el conocimiento necesario para la comercialización, con sujeción a las políticas internas. Formuló como excepciones de fondo las de abuso del derecho, mala fe del demandante y error en su propia causa, inexistencia del contrato laboral por falta de subordinación y horario, prescripción extintiva de todos los derechos reclamados, prescripción extintiva de los intereses a la cesantía y prescripción extintiva de la prima legal de servicios,

En providencia del 17 de abril de 2018, el Juzgado de conocimiento procedió a admitir el llamamiento en garantía propuesto por Comcel S.A (Págs. 380-382 Archivo 04)

La ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA una vez efectuada su notificación se pronunció sobre los hechos de la demanda afirmando no constarle ninguno de ellos por corresponder a hechos con terceros ajenos a su conocimiento. Y sobre el escrito del llamamiento advirtió quedar sujeto a la vigencia y amparo de la póliza, ateniéndose a lo que se pruebe en el trámite, señalando que operaría conforme a la cobertura contratada. Propuso la excepción previa de “cláusula compromisoria”, y como medios exceptivos de fondo frente a las pretensiones de la demanda los de inexistencia de relación laboral y de solidaridad con Comcel S.A., improcedencia de la pretensión de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, cobro de lo no debido, terminación del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, compensación y prescripción.

Sobre el llamamiento enunció las excepciones de aplicación restrictiva del contenido del contrato de seguro y sus condiciones generales, falta de prueba del derecho para llamar en garantía - falta de legitimación en la causa por activa, ausencia del original o copia auténtica de la póliza, ausencia de cobertura de las sanciones y otros conceptos no salariales ni prestacionales, riesgos inasegurables - actos meramente potestativos del tomador asegurado beneficiario en las pólizas de cumplimiento, inasegurabilidad de la mala fe, inexistencia de cobertura de la póliza de cumplimiento particular, falta de cobertura de la póliza de cumplimiento, cláusula compromisoria, coexistencia de seguros, cumplimiento del amparo hasta por el monto de la suma asegurada, compensación y prescripción.

Surtido el trámite de rigor, mediante providencia del 03 de mayo de 2022, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Raigoza Villegas S.A.S. bajo modalidad indefinida ejecutado entre el 31 de diciembre de 2009 y el 05 de septiembre de 2014, finalizado sin justa causa del empleador. DECLARÓ solidariamente responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del CST a Comcel S.A., del pago de las acreencias laborales que corresponden al señor Higinio. CONDENÓ solidariamente a las demandadas a reconocer los siguientes rubros:

- Cesantías: \$2.938.422
- Intereses a la cesantía: \$50.682
- Prima de servicios: \$422.355
- Vacaciones: \$483.827
- Indemnización por despido injusto: \$4.537.863
- Reajuste salarial: \$2.427.853
- Subsidio de transporte: \$530.400

ABSOLVIÓ a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda. CONDENÓ a la Aseguradora Solidaria de Colombia a responder por las sumas de dinero condenadas a cargo de Comcel S.A. amparadas por la póliza de cumplimiento contratada el 19 de octubre de 2012. DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de reconocer las indemnizaciones moratorias,

parcialmente probada la de prescripción, y no probadas las restantes. CONDENÓ en costas a Comcel S.A. y Raigoza Villegas S.A.S., fijando las agencias en derecho en el equivalente a un SMLMV a cargo de cada demandada, exceptuando de esta condena a la llamada en garantía.

Todos los intervinientes se apartaron de la decisión adoptada con interposición del recurso de apelación.

La activa por medio de su mandataria, se alejó de lo concluido únicamente en lo atinente a las indemnizaciones de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, y la indexación sobre los rubros sobre los que estas no operan, indicando en síntesis que en voces de la Corte Suprema de Justicia la buena fe no se presume y por tanto, estaba en cabeza de las demandadas demostrar que se actuar no estuvo revestido de mala fe, sin que observe algún medio de prueba de donde esa conducta pueda derruirse enunciando los eventos de los que concluye que la demandada estaba enterada del carácter laboral de la relación surtida con el demandante (Min 21:51 Archivo 18).

Raigoza Villegas S.A.S., como soporte de su inconformidad, adujo una indebida valoración probatoria en tanto considera que el Juez no realizó un raciocinio jurídico estricto ya que se dio credibilidad a una posición de parte sin fundamento en la probanza documental que no fue tachada, encontrando que a su juicio no se probaron los elementos del contrato de trabajo que enlista el artículo 23 del CST, enrostrando una decisión sin carga argumentativa ni motivación (Min 49:33 Archivo 18).

COMCEL S.A por su parte, adujo no ser viable la condena solidaria porque no así fueron plasmadas las pretensiones de la demanda ni se fijó de ese modo el litigio, por lo que la defensa de la sociedad estuvo encaminada a demostrar que no existió un contrato de trabajo, por lo que si se pretende endilgar alguna condena a Comcel debió darse acorde a lo que estipula el artículo 35 del CST dada la intermediación de Raigoza Villegas S.A.S. que fue expuesta desde la demanda, pues no es posible modificar en la providencia las reglas del juego. Dijo que, en todo caso, no existe solidaridad en cuanto Raigoza Villegas S.A.S. no puede hacer uso del espectro electromagnético, además que debe mirarse

todo el contexto en el que se dedica Comcel S.A. donde el distribuidor solo se dedicaba a las ventas. Agregó que las vacaciones no pueden aplicarse por solidaridad y que de surgir el derecho a las moratorias pedidas, por dejarse transcurrir dos años para presentar la demanda lo que desencadena es el pago de intereses y no un día de salario por cada día de retardo en el pago (Min 55:08 Archivo 18).

Finalmente, la llamada en garantía elevó su recurso bajo el argumento del respeto por el principio de congruencia donde en la fijación del litigio no se dejó en discusión la solidaridad del artículo 34 del CST, y ahondó en lo que a sus intereses respecta sobre la vigencia de la póliza que se ordenó hacer efectiva, porque señala que la contratación del actor ocurrió previo a su adquisición, sin ser posible dar efectos retroactivos al amparo pues ello desconoce el contenido del artículo 1073 del Código de Comercio. Además, enfatizó en que su vinculación se dio en calidad de garante, por lo que su obligación nace una vez condenado su asegurado por lo que una vez asuma la condena lo que procede es el reembolso de los conceptos, donde no es dable incluir los que no se constituyen en una prestación social, además que expresa que ni las sanciones ni la mala fe son asegurables (Min 1:00:47 Archivo 18).

En el término pertinente, las partes presentaron sus alegaciones de segunda instancia, con argumentos semejantes a los expuestos en las etapas procesales transcurridas en primer grado.

CONSIDERACIONES

A partir de los argumentos expuestos en las apelaciones, corresponde a la Sala inicialmente establecer la naturaleza de la relación jurídico sustancial que ligó al señor Giovanny de Jesús Higinio con Raigoza Villegas S.A.S., esto es, si existió una relación laboral o por el contrario, los unió un contrato de prestación de servicios. Definido ello, habrá de ser analizado: 1) la procedencia de la indemnización por falta de pago que contempla el artículo 65 del CST y la sanción regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en el marco de los postulados de la buena y mala fe, 2) la viabilidad de extender las condenas a Comcel S.A. por la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST, y 3) la

cobertura en cuanto a vigencia y condiciones de la póliza contratada, para amparar los riesgos de la contratación dada entre las sociedades de la pasiva a partir de las cuales se emitió condena contra la Aseguradora Solidaria de Colombia.

Pues bien, para abordar el primero de los puntos cuestionados, ha de señalarse que resultan de especial importancia los mandatos de los artículos 22, 23 y 24 del C.S. del T, en tanto estas disposiciones remiten al concepto y elementos esenciales de un contrato de trabajo, última disposición normativa que establece:

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

Esta presunción, lo ha dicho y reiterado la jurisprudencia laboral en infinidad de providencias, se trata de una ventaja probatoria para quien invoque su condición de trabajador, pero admite prueba en contrario, lo que se traduce en que si se pretende demostrar la existencia de otro vínculo contractual, civil, comercial o administrativo, que dé pie a la ausencia del elemento subordinación o dependencia jurídica, o la ausencia de remuneración, la carga de prueba corre por cuenta del empleador, dada la imposición del artículo 167 del CGP.

De ahí que, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada. Sin embargo, no será necesaria la acreditación de la citada subordinación, con la producción de la respectiva prueba, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal aludida con posibilidad de ser demostrado el hecho contrario, es decir, que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual de índole laboral, normas que han de interpretarse armonizadas con el artículo 53 de la Constitución Política que incluyó en el ámbito laboral el principio protector de

la primacía de la realidad, consistente en darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica, más que a la forma que resulte del documento contractual o cualquier otro que hayan suscrito o expedido las partes.

Al trasluz de lo expuesto, al demandante le bastaba con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, encontrando que en este trámite no existe discusión con relación a la **prestación personal del servicio**, por lo menos en lo que tiene que ver con Raigoza Villegas S.A.S., por cuanto efectivamente el demandante fue contratado por esa sociedad, con el objeto de vender y comercializar los productos de Comcel S.A, cuya aceptación se refleja desde el escrito de contestación y así fue ratificado por el representante legal de la sociedad al absolver su interrogatorio de parte, lo que de hecho, es indiscutido en todo el desarrollo del trámite procesal.

Igualmente está demostrado el elemento de **remuneración**, pues se dejó claro con el interrogatorio de parte rendido por el actor y los representantes legales de las enjuiciadas, así como de la testimonial recibida, junto con lo que se estipuló en la cláusula décima del contrato por prestación de servicios (Págs. 56-58 Archivo 03), y el certificado expedido por el Representante Legal Suplente de Raigoza Villegas S.A.S. (Pág. 55 Archivo 03), que el actor recibía un pago por venta realizada a título de comisión, por lo que aun cuando no se determinó el porcentaje, se entiende que en efecto hubo un pacto de la remuneración por el servicio prestado, independientemente de su denominación, aspecto igualmente aceptado por Raigoza Villegas como contratante.

Ya en lo que tiene que ver con la **subordinación** como elemento característico de la relación laboral y principalmente discutido por las convocadas, se advierte del material probatorio con el que se cuenta que el demandante pese a vincularse como vendedor de productos de Comcel S.A. y la marca Claro mediante contrato por prestación de servicios bajo los principios del contrato civil, la ejecución de su actividad implicó la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia o autonomía en el ejercicio de su labor, y ello es así por cuanto estaba sometido sin discrecionalidad presente, al cumplimiento de los parámetros, directrices e instrucciones fijados por Raigoza

Villegas S.A.S. como canal de Comcel como dueño del producto comercializado.

Y ello es así en tanto no solo lo exhibe incontrovertible el contrato comercial suscrito por las empresas, que en su numeral 7 dispuso los deberes y obligaciones del distribuidor entre las que se incluyó: *“El distribuidor deberá cumplir con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen en este contrato y con las instrucciones que le dé Comcel en desarrollo del mismo”* (Pág. 188 Archivo 03), lo que derivó en que se plasmara en el contrato de prestación de servicios suscrito con el actor (Págs. 56-58 Archivo 03) el sometimiento a las condiciones, controles y procedimientos impuestos por Comcel S.A., sino que también da cuenta de ello la testimonial que fue recepcionada y que estuvo conformada por JOSÉ ARGEMIRO PÉREZ MARTÍNEZ y ANDRÉS ORDOÑEZ - compañeros de trabajo del demandante -, dichos de los que es posible razonar que el oficio del accionante debía ser cumplido de manera personal porque no era posible delegar sus funciones en una tercera persona, estando su actividad dirigida por los coordinadores - Adriana, Jazmín y Beatriz - que bajo la claridad del deponente Pérez Martínez y la testigo Diana Astrid Herrera Guisao - Coordinadora Comercial Comcel S.A.-, pertenecían a Raigoza Villegas S.A.S., las que siempre acompañaban sus procesos y las correrías en los Municipios de Antioquia que duraban aproximadamente 15 días, cuyo transporte estaba a cargo de esta sociedad, satisfacción de labores que se cumplía sin un límite de tiempo determinado en tanto debían ejecutarlas de domingo a domingo a fin de dar complacencia a las metas asignadas que impartía el distribuidor en coherencia con las imposiciones dadas por Comcel, sociedad contratante que por demás se encargaba de verificar las falencias y formularios a través de los cuales se legalizaban las ventas, productos que debían ofrecerse con acatamiento a los precios, políticas y procedimientos trazados, cuyos negocios se materializaban sin autonomía o intromisión del vendedor de ninguna índole, pues le era suficiente mostrar y vender los servicios en los términos que el propietario de la marca tenía dispuestos y obligaba acatar a Raigoza Villegas S.A.S. como su distribuidor. Las ausencias en las labores debían ser excusadas y justificadas, pues aunque no fue demostrado un procedimiento sancionatorio al que estuviera reducido el demandante, si se dejó clara la inminente y constante

amenaza de perder su puesto por no asistir a los puntos de venta asignados previamente, o no arribar a las metas establecidas, donde la deserción así fuera parcial tenía plena relevancia en la concreción del número de ventas. Debían acudir a capacitaciones para estar actualizados en el portafolio, donde se les brindaba información acerca de la cobertura, los paquetes y los precios además de las estrategias de venta. Las camisetas, gorras y papelería tenían el logo de Comcel y Celured así como el carné que los identificaba como sus empleados, los cuales debían portar a fin de identificarse y que ello sirviera de seguridad tanto para los clientes, como para ellos en sectores de mayor complejidad. Explicaron que el servicio vendido era aprobado o no por parte de Celured y Comcel, misma que se encargaba de su correspondiente instalación y facturación. El testigo Pérez Martínez dejó claro que con Comcel S.A. ninguna comunicación se sostenía, guardando ello coherencia con lo que fue manifestado por Adriana Márquez - representante Legal de Comcel-, Julián Antonio Raigoza Villegas - representante legal Raigoza Villegas S.A.S. - y Diana Astrid Herrera Guisao - Coordinadora Comercial Comcel S.A.-, de donde también puede desprenderse sin lugar a dudas que los pagos a los vendedores provenían de Raigoza Villegas S.A.S., quien recibía la cancelación total por cumplimiento del objeto del pacto comercial de parte de Comcel S.A, y ya con conocimiento del detalle de la gestión de sus asesores, procedía con las retribuciones respectivas.

De tales medios de convicción entonces, lo que se muestra es un nexo de tipo laboral presentado entre Giovanny de Jesús Higinio y Raigoza Villegas S.A.S. - antes Raigoza Villegas & Cía. S. en C., propietaria de los establecimientos de comercio Celured la 80 y Unicentro (Págs. 41-47 Archivo 03)- caracterizado por la sujeción y dependencia del trabajador, y no civil como lo pretende la condenada en su posición de empleadora, siendo preciso anotar que si bien todo contrato o vínculo jurídico requiere de una vigilancia y coordinación en el desarrollo de su objeto según el oficio que se dispone cumplir, y que un contrato independiente civil o comercial en ningún caso implica la veda total de instrucciones o el ejercicio de control y supervisión del contratante sobre el contratista (Ver SL3394-2020), en este particular tenemos que además de no serle dable al señor Higinio delegar el servicio contratado, existía un dominio o supremacía de la demandada en todo momento en cuanto al tiempo, modo y

lugar en que debía prestarse el servicio contratado, instrucciones que se consideran son equiparables a los conceptos de subordinación y dependencia, pues se trata de una intervención absoluta en la ejecución de su oficio, al supervisar, coordinar, acompañar, corregir y sancionar, siendo ausente para el contratado la libertad para adoptar decisiones de trascendencia, pues estaba plenamente sometido a los parámetros y políticas técnicas dada la naturaleza de su tarea, no le era permitido elegir clientes, pues debía restringirse a las zonas, rutas y listado suministrado por sus jefes para dar paso a las ventas acorde a las metas impuestas, sin que logre evidenciarse de ningún modo la independencia que un contrato civil trae consigo, pues aunque no se logra establecer en este escenario un horario específico impuesto, eran trasladados al lugar de explotación en una hora dispuesta por los encargados de Raigoza Villegas, donde atados al propósito comercial fijado, debían permanecer por varios días y dedicarse a captar clientes implementando el mayor tiempo posible, cuya posibilidad para atender diligencias personales era limitada precisamente por cuenta de la obligación contractual adquirida, de donde no es posible extraer el criterio y dominio en cabeza del vendedor que pregona la pasiva y mucho menos, que el actor estuviera desarrollando bajo esa línea su propio modelo de negocio con posibilidad de lucrarse de la marca Claro pues ello solo estaba acaeciando para Raigoza Villegas S.A.S. en razón de la labor de sus asesores, dada la ajenidad respecto de los productos y servicios ofrecidos sin posibilidad de modificar por decisión libre del demandante los precios, donde la responsabilidad ante los clientes eran atribuidos a las empresas y no al vendedor, contexto de trabajo que se presentó en iguales condiciones por casi seis años, siendo la continuidad y la estabilidad indicadores que contrarían un trabajo autónomo.

A más de lo anterior, se advierte la carencia de una auténtica organización empresarial por parte del demandante, la ausencia de trabajadores dependientes a su servicio, además de una infraestructura para la ejecución de la labor, pues contrario a ese supuesto, era el actor quien estaba sometido a las condiciones empresariales de la contratante, donde todo el despliegue de su actividad pendía de decisiones y herramientas ajenas que debían ser acatadas y utilizadas, circunstancias peculiares que permiten colegir que tales mandatos corresponden a un contrato de carácter laboral.

Es preciso resaltar que al tratarse de la comercialización de unos servicios de un tercero que en este caso es Comcel S.A., la confianza legítima que debe reflejarse en los clientes obliga a que la publicidad y dotación utilizada por los encargados de su promoción contenga el logo de esta empresa y no otro, pero ello por sí mismo no hace a quienes portan tal vestimenta empleados directos de Comcel, la que más allá de brindar los conocimientos técnicos necesarios para brindar de manera eficaz la información de sus servicios y recibir las ventas realizadas, no tuvo injerencia alguna en el desarrollo de la actividad del demandante, cuya coordinación recayó de manera exclusiva en Raigoza Villegas S.A.S., quien debía promover lo necesario para dar satisfacción a las exigencias en el marco de sus estrategias, logística y aspecto organizacional.

De ese modo, la relación civil quedó desvirtuada, pues no se demostró por las demandadas que Giovanni de Jesús Higinio haya prestado sus servicios con autonomía y total independencia, resultando infructuoso suplir tal carga mediante el texto de los contratos rubricados o la documental que da cuenta de la formalidad empleada, ya que lo buscado no era constatar la modalidad de contratación escogida, sino comprobar la correspondencia entre lo estipulado y la realidad, encontrando que la presunción legal consagrada en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo de existencia de relación laboral, tomó fuerza con la declaración de los testigos escuchados, quienes fueron claros, precisos y responsivos al señalar particularidades de la vinculación que dan cuenta irrefutable de la indelegabilidad de la labor encomendada, que además estaba supeditada a los lineamientos que impartía Raigoza Villegas S.A.S; motivo por el cual es procedente acceder al reconocimiento de la existencia de una relación laboral, en aplicación del principio de la “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, refutándose como empleadora la empresa Raigoza Villegas S.A.S como bien lo dispuso el juez de instancia.

De la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST - Consonancia

Sobre este aspecto de la providencia atacada, sea lo primero indicar que el Juez de Primera Instancia se encontraba facultado para pronunciarse sobre esta figura respecto de Comcel S.A., en tanto si bien es cierto que así no se incluyó en el acápite de las pretensiones de la demanda, y al fijar el litigio no

se plasmó como cuestión a discutir la solidaridad que contempla el artículo 34 del CST, como bien lo dejó sentado la apoderada recurrente en este punto en sus alegatos presentados dentro de la primera instancia, en el asunto debía definirse la sociedad que ostentaba la calidad de empleadora en el contrato de trabajo alegado, por lo que todo el material probatorio de cara a las respuestas brindadas por las demandadas dieron paso a determinar el rol que tuvo tanto Raigoza Villegas S.A.S. como Comcel S.A. en la relación que intervino Giovanny de Jesús Higinio, derivándose una solidaridad en cabeza de esta última de cara a la satisfacción de lo que pregonan el artículo 34 del CST a partir del trámite procesal surtido, que no tuvo fin distinto a encontrar la verdad respecto de las circunstancias contractuales del demandante donde se planteó desde la demanda una responsabilidad en la que pudiera estar inmiscuida esa sociedad, calidad que precisamente estaba sujeta a resolverse, situación que evidencia que lejos de afectarse con la decisión el principio de congruencia previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso como fue proclamado por la pasiva en su recurso, la decisión se dio con respeto al mismo, pues se basó en supuestos de hecho que aparecieron desde momento previo a trabar la Litis, mismos que fueron discutidos y sometidos a prueba sin desconocimiento de ninguno de los derechos procesales con los que cuenta la demandada apelante, conclusión que da paso a que en esta sede se proceda con el análisis de los restantes disensos jurídicos que asiste a esta Sala resolver.

En ese orden, se tiene que la norma que prevé la solidaridad condenada señala en lo pertinente que *“...Pero el beneficiario del trabajo 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 con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”*

De cara a los argumentos de la alzada en este aspecto, existe solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente, respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de este, siempre que las actividades

contratadas por el dueño de la obra tengan una relación directa con aquellas que derivan del giro ordinario de sus negocios, recordando la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral-, que en los términos de esa disposición, el legislador simplemente previó un mecanismo para proteger los derechos laborales de los trabajadores y con este objetivo extendió al obligado solidario las deudas que por estos conceptos se generen a cargo del empleador (contratista), sin que se trate de otorgarle esta última calidad al beneficiario del servicio, sino de prever una garantía frente a los trabajadores, clarificando que el empleador es el contratista independiente, y el dueño de la obra tan solo funge como garante de éste para efectos laborales, salvo cuando se trate de actividades extrañas a sus labores normales (Ver SL3774-2021).

En esos términos, se tiene que en este escenario está plenamente demostrada y aceptada la relación comercial existente entre Raigoza Villegas S.A.S. y COMCEL S.A. a través de la suscripción de unos contratos de distribución (Págs. 184-246 Archivo 03), cuyo objeto fue *“comercializar el servicio por su cuenta, riesgo y bajo su costo exclusivo a cambio de las comisiones que de tiempo en tiempo y de acuerdo a las condiciones del mercado Comcel determine e informe y así lo acepte expresamente el distribuidor”*.

Ahora, atendiendo el objeto social de las demandadas, se tiene que COMCEL se encarga principalmente de la *“comercialización de servicios de comunicaciones tales como los servicios de telefonía móvil, móvil celular, valor, agregado, telemáticos, portadores y demás, y con tal propósito podrá emprender todas las actividades relacionadas con dichos servicios o que le sean conexas o complementarias...”* (Págs. 22-40 Archivo 03), y Raigoza Villegas S.A.S. tiene dentro de sus actividades comerciales *“los servicios de telefonía móvil celular y sus complementarios, así como la compra y venta de equipos y accesorios en general..., adelantar actividades de fabricación, compra, venta, distribución y comercialización de toda clase de bienes y servicios dentro y fuera del territorio de la república de Colombia...”* con la facultad expresa de realizar y ejercer cualquier actividad lícita cualquiera sea su naturaleza relacionadas con lo previo (Págs. 41-47 Archivo 03), entendiendo de la lectura previa que aun cuando ha quedado evidenciado que Raigoza Villegas S.A.S. no cuenta con permiso para explotar el espectro

electromagnético, sus actividades no son extrañas a las propias de Comcel, siendo en contraposición a ello conexas y complementarias en el marco de las limitaciones que tuvieron que ver con el contrato de distribución relacionadas con la comercialización de los productos y servicios de las telecomunicaciones, siendo patente que Comcel se benefició de las labores desplegadas por el demandante estando al servicio de Raigoza, contexto en el que igualmente la labor individualmente desarrollada por el trabajador cumple un papel primordial, donde es visto que bajo la subordinación del contratista, adelantó un trabajo que guarda absoluta relación con el giro ordinario de Comcel (Ver SL377-2021), por lo que la actividad desarrollada no solo cubrió una necesidad propia del beneficiario, sino que la labor constituye una función normalmente desarrollada por ésta (SL3084-2022), situación que al tenor del ya mencionado artículo 34 del CST la hace solidariamente responsable de las obligaciones laborales que están a cargo de Raigoza como parte empleadora, debiendo en este aspecto confirmarse la decisión de instancia.

Ahora, es importante dejar presente que de cara a la imposición del pago de compensación por vacaciones a los deudores solidarios, la jurisprudencia ha entendido que en efecto, deben asumir esta carga, pues aunque en estricto sentido, no son salario, prestación social ni indemnización, se trata de una condena por concepto de su compensación en dinero, pues el contrato de trabajo del actor ya había terminado, de modo que no podía estrictamente disfrutar de un descanso, y ese derecho compensatorio tiene una naturaleza jurídica diferente a las vacaciones y de manera pacífica ha sido catalogado como una indemnización porque el empleador no le permitió el disfrute de las vacaciones al accionante durante la vigencia del contrato de trabajo declarado, por lo que debe resarcirse el daño generado al extrabajador, por manera que si la compensación de vacaciones tiene un carácter indemnizatorio, su imposición a la obligada solidaria es totalmente posible, dado que cabe dentro de las categorías que contempla el artículo 34 del CST (Ver Rad. 16974 de 2002, Rad. 33082 de 2009 y SL751-2021), punto que en igual medida debe ser confirmado.

Indemnizaciones del artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Para resolver las inconformidades planteadas sobre la indemnización por falta de pago que está regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la sanción por no consignar las cesantías en un fondo, se tiene que es pacífico que su aplicación no es automática, y que debe analizarse en cada caso particular si el obrar del empleador estuvo justificado.

La demandante pretende con el recurso, obtener la condena por estos conceptos, debiendo señalarse que de las pruebas recaudadas, esta Sala de Decisión Laboral no evidencia contrario a lo decidido en primera instancia la buena fe de la parte empleadora no pudiendo atribuirse un concepto errado de estar actuando de manera correcta, sino que, por el contrario, la utilización de las contrataciones de carácter civil acreditan la intención de ocultar la verdadera relación laboral, lo que se hacía evidente con la sola labor realizada y las condiciones que la rodearon sumado a su permanencia y continuidad, pudiendo desprenderse una conducta desinteresada y negligente ante los intereses y derechos del demandante como trabajador, mediando una contratación con apariencia de legalidad, con el objetivo específico de eludir el pago de prestaciones sociales y, en general, todas aquellas prerrogativas con las que contaba el trabajador.

Y es que asiste razón a la apelante cuando advierte que es al empleador a quien compete la carga de la prueba a efectos de exonerarse de la sanción prevista en el artículo 65 del estatuto laboral por lo que esta sanción procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta (Ver SL3936-2019, SL1618-2021 y SL648-2023), por lo que en voces de la Alta Corporación en nuestra especialidad no se parte de presunción alguna de si la conducta del superior incumplido estuvo asistida de buena o mala fe, ni le compete al trabajador acreditar que su superior actuó con desidia en aras de causarle un daño, sino que, por el contrario, debe el subordinante evidenciar que existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe (Ver SL3718-2021 y SL3828-2021).

En consecuencia, como contrastado lo expuesto con lo que se probó dentro de este trámite no se logra evidenciar algún motivo razonable para que la empleadora demandada disfrazara la relación de tipo laboral en una de orden civil con exclusión de las acreencias laborales debidas, se da lugar a que las sanciones moratorias deban pagarse, estando sujeta la del artículo 65 del CST a las reglas previstas en esa disposición para los trabajadores que devengan menos de un SMLMV, por lo que en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 2°, la demandante quedaría exceptuada de la forma en que se sugiere por Comcel su liquidación, ya que para su caso, el inciso primero que atribuye la presentación de la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la data de terminación no le es aplicable y por tanto, la indemnización corresponde a un día de salario por cada día de retardo hasta tanto se satisfaga de manera total la obligación laboral condenada (Ver C-781-2003 y SL 2487-2022).

Sin embargo, se precisa que este rubro no es susceptible de prescribir porque si bien su causación data del 06 de septiembre de 2014, el escrito de reclamación enviado a la demandada Raigoza Villegas S.A.S. el 27 de enero de 2017 (págs. 59-61 Archivo 03) interrumpió esta figura extintiva, y como la demanda fue radicada el 21 de diciembre de 2017 (Archivo 02), el término trienal no transcurrió, concepto que para el 30 de abril de 2023 asciende a \$63.961.333 a partir del salario dispuesto en primera instancia y se seguirá causando hasta el momento del pago efectivo de lo adeudado al trabajador, punto en que el que habrá de revocarse la providencia.

La sanción que trae contemplada el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, también procede pero se ve afectada por la prescripción, en tanto su causación es paulatina año a año cuando el empleador deja de consignar las cesantías en el fondo respectivo, por lo que atendiendo la fecha de la reclamación, solo hay lugar a reconocer la indemnización causada del 27 de enero de 2014 al 14 de febrero de 2014 respecto de las cesantías no consignadas del año 2012 y del 15 de febrero de 2014 al 05 de septiembre de 2014 por este rubro correspondiente al año 2013, lo que corresponde a la suma total de \$10.730.400 liquidada hasta el 05 de septiembre de 2015 cuando estuvo vigente la contratación del actor con Raigoza Villegas S.A.S.

Cobertura y vigencia póliza de seguro

Está acreditado en el plenario la contratación de una “*Póliza de seguro de cumplimiento particular*” con N° 530-45-994000001079, con Aseguradora Solidaria de Colombia cuyo tomador o afianzado fue Raigoza Villegas S.A.S (En ese entonces Raigoza Villegas & Cía S en C.) y el asegurado y/o beneficiario fue Comcel S.A, encontrando que su vigencia iba del 01 de septiembre de 2010 al 01 de septiembre de 2016 (Págs. 267-269 Archivo 04) siendo la suma asegurada en un tope de \$56.670.000.

Conforme a la lectura detallada de dicha Póliza de Seguro de Cumplimiento con sus 4 anexos, se tiene que en ella se comprende de forma parcial el período en el cual el demandante prestó sus servicios a Raigoza- Tomador- y en favor de Comcel S.A - Asegurado beneficiario-, específicamente el laborado entre el 01 de septiembre de 2010 y el 05 de septiembre de 2014, estando dirigido el amparo a los salarios, prestaciones e indemnizaciones derivados de los contratos comerciales que a su vez dieron lugar a la contratación del señor Higinio, debiendo entenderse dentro del cubrimiento a su cargo dada su calidad de garante frente a Comcel en este trámite judicial, el reajuste de los salarios, las prestaciones sociales que comprenden las cesantías, los intereses a las mismas, la prima de servicios y las indemnizaciones impuestas, por ordenarse el pago por la prescripción de las causadas a partir del **24 de enero de 2014** sin que sea estricto que solo se dé el amparo ante contratos celebrados con posterioridad a la adquisición de la póliza, sino que la intelección de la documental da cuenta que es dable hacerla efectiva sobre derechos causados dentro del rango de su vigencia, sin que al respecto se plasmaran observaciones específicas que conlleven a concluir una excepción de ese cubrimiento.

Esa cobertura abarca, acorde a las consideraciones plasmadas líneas atrás, al concepto de vacaciones, porque aunque no se considera una prestación social, en los términos en que se da su condena -compensación en dinero- se constituye como se dijo, en una indemnización que encuadra en el ítem amparado, así como se ajusta a los conceptos cubiertos las restantes indemnizaciones moratorias ordenadas, sin que sea viable su descarte dada

la ausencia de limitaciones en la descripción de las exclusiones del amparo en este sentido (Págs. 467-469 Archivo 04) como si ocurre con el subsidio de transporte que no se toma como salario o prestación social sino como un reembolso a los empleados por los gastos en los que incurren para desplazarse hasta su lugar de trabajo.

Ahora, debe precisarse que la Aseguradora Solidaria de Colombia en virtud de la póliza de seguro contratada avalada en este trámite, en efecto no está obligada frente al actor sino a Comcel S.A. como su asegurada, por lo que es ante esta sociedad que debe dar reconocimiento de lo condenado como responsable solidaria una vez cubra lo que en su calidad le corresponde, pues debe mirarse la finalidad de ese contrato de seguro que no es otra que proteger el patrimonio del beneficiario y cubrir los perjuicios que en este caso la contratación con el tomador le ocasionó, cubrimiento al que debe procederse con miras al tope máximo asegurado y que en este caso no excede la suma de \$56.670.000, suma hasta la que se surte su responsabilidad.

En ese sentido, la sentencia objeto de apelación habrá de revocarse en cuando se absolvió a las demandadas de reconocer las indemnizaciones de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990 para en su lugar impartir su condena; se aclarará que la obligación de la llamada en garantía se refleja ante Comcel S.A. una vez salga de su patrimonio el pago impuesto como responsable solidaria y se confirmará en lo demás.

Finalmente, conforme a lo preceptuado en el artículo 365 del CGP y por la forma en que fueron resueltos las alzadas, en esta instancia las costas estarán a cargo de Raigoza Villegas S.A.S. y Comcel S.A., fijándose las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000 a cargo de cada una.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia apelada, de fecha y procedencia conocidas en el sentido de **CONDENAR** a Raigoza Villegas S.A.S. y solidariamente a Comcel S.A. a reconocer y pagar la indemnización por falta

de pago - artículo 65 CST- a partir del 06 de septiembre de 2014 y hasta cuando se produzca el pago de lo condenado con base a un día de salario por cada día de retardo, y la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en la suma de \$10.730.400. **ACLARA** que la obligación de la llamada en garantía es frente a Comcel S.A., frente a quien deberá hacer efectiva la póliza de cumplimiento una vez salga de su patrimonio lo condenado como responsable solidaria sin exceder los \$56.670.000 asegurados. **CONFIRMA** en lo demás la decisión. Las costas son como quedó dicho en la parte motiva.

Notifíquese por EDICTO.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
SIN FIRMA POR PERMISO AUTORIZADO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

**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:

Radicación: 05001310501420180000101
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GIOVANNY DE JESUS HIGINIO
Demandado: COMCEL S.A. y RAIGOZA VILLEGAS S.A.S
M. P. CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Fecha de fallo: 2/05/2023
Decisión: CONFIRMA REVOCA Y ACLARA

El presente edicto se fija 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 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 3/05/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario