



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Cali**  
Sala Laboral

<b>Proceso</b>	<b>Ordinario – Apelación Sentencia</b>
<b>Demandante</b>	<b>ELIANA MONTOYA CAMELO</b>
<b>Demandado</b>	<b>COMUNICACIÓN CEULAR Y OTRO Llamada en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.</b>
<b>Radicación</b>	<b>760013105013201700084 01</b>
<b>Tema</b>	<b>Contrato de Trabajo – Contrato realidad – Empresa de Servicios Temporales - Intermediación Laboral</b>
<b>Sub Temas</b>	El plazo máximo en el que las Empresas de Servicios Temporales pueden atender el servicio específico objeto del contrato con la Empresa Usuaria es de un (1) año, es decir, seis (6) meses iniciales, más la prórroga por un término igual, si la causa originaria del servicio subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de agosto de 2023, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, en Segunda Instancia, conforme los lineamientos definidos en el **numeral 1º del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a **resolver los recursos de apelación** interpuestos por la **demandante ELIANA MONTOYA CAMELO** y, por los **demandados ATIEMPO S.A.S. Y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**, en contra de la **Sentencia No. 118 del 22 de julio de 2020**, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

### **Alegatos de Conclusión**

Los presentados por las partes, son tenidos en cuenta en la presente decisión.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala, a proferir la siguiente,

### **SENTENCIA No. 147**

#### **Antecedentes**

**ELIANA MONTOYA CAMELO**, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. y contra la entidad ATIEMPO S.A.S.**, con miras a que se declare la **existencia de un contrato laboral a término indefinido** con la empresa usuaria COMUNICACIÓN CELULAR S.A.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se ordene a la empresa usuaria COMUNICACIÓN CELULAR S.A., su **reintegro**, así mismo, se condene a pagar la **indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997, salarios y prestaciones sociales** ocasionados desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro; salarios ocasionados de octubre 14 de 2014 a noviembre 26 de 2014; prestaciones sociales del último contrato comprendido entre el 9 de agosto de 2014 y el 26 de noviembre de 2014; **indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.**; como pretensiones **subsidiarias** pidió el pago de la **indemnización por despido sin justa causa**; que se declare solidariamente responsable a la empresa A TIEMPO S.A.S; y que se falle ultra y extra petita.

#### **Demanda y Contestación**

En resumen de los hechos, señaló la actora que, estuvo vinculada con la empresa ATIEMPO S.A.S. mediante la modalidad de contrato de obra o

labor determinada, prestando sus servicios en COMUNICACIÓN CELULAR S.A. y/o CLARO TELECOMUNICACIONES.

Que, el tiempo pactado para la obra fue del 1 de abril de 2013 hasta el 1 de abril de 2014, después fue del 2 de mayo de 2014 al 26 de noviembre de 2014; que devengó un salario promedio de \$1.644.101, sin embargo, el salario que le tuvieron en cuenta para liquidar las prestaciones fue de \$1.184.724.

Adujo que, el 29 de mayo de 2014 presentó un cuadro de TBC pulmonar, siendo incapacitada por un mes, la que se prolongó hasta el 14 de octubre siguiente, por haber sido sometida a dos cirugías de pulmón. Que, para esa fecha (octubre 17 de 2014) notificó a la temporal que se había terminado la incapacidad y esta le pidió una certificación de la EPS donde indicara que podía trabajar y así poder ser reubicada.

Manifestó que, procedió a presentarse a la empresa con la certificación médica, en la que constaba que podía laborar y que no presentaba ningún riesgo de contagio, hablando con la administradora Claudia quien le dijo que sería reubicada, pero, nunca la llamaron para reubicarla, sin embargo, el 26 de noviembre de 2014 recibió la carta de terminación del contrato, donde le indicaron la terminación de la obra o labor contratada.

Señaló que, la empresa no le pagó los salarios correspondientes desde octubre 17 de 2014 hasta noviembre 26 de 2014 cuando le notificaron el despido, igualmente no le ha pagado las prestaciones derivadas del último contrato, solamente envió el formato de liquidación de prestaciones sociales, liquidadas con un salario inferior al que devengaba, sin embargo, las mismas NUNCA fueron consignadas.

Que, la empresa ATIEMPO S.A.S., realizó el despido de manera ilegal, pues considera que se encontraba protegida bajo la figura del fuero especial por estabilidad laboral reforzada, al encontrarse bajo tratamiento de

terapias de recuperación pulmonar a raíz de la TBC que presentó.

El demandado **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma. En su defensa formuló como excepciones de fondo: **“INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS Y COBRO DE LO NO DEBIDO”**; **“IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO PRETENDIDO”**; **“FALTA DE TITULO Y CAUSA EN EL DEMANDANTE”**; **“IMPROCEDENCIA DE UNA CONDENA POR CONCEPTO DE SANCION MORATORIA”**; **“PRESCRIPCION”**; **“PAGO”**; **“COMPENSACIÓN”**; **“BUENA FE”** y la **“GENERICA”**<sup>1</sup>

Llamó en garantía a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.**

El demandado **ATIEMPO S.A.S.**, contestó la demanda a través de curador *ad litem*, oponiéndose a las pretensiones de la misma. No formuló excepciones.

El llamado en garantía, **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.**, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma. En su defensa formuló como excepciones de fondo: **“FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA DE COMCEL S.A. PARA LLAMAR EN GARANTIA A CONFIANZA S.A.”**; **“AUSENCIA DE REQUISITOS PARA QUE SE PUEDA HACER EFECTIVA LA POLIZA”**; **“AUSENCIA DE COBERTURA EN CASO DE SER CONDENADO EL ASEGURADO – COMCEL S.A. COMO VERDADERO EMPLEADOR”** y la **“GENERICA”**<sup>2</sup>

### **Trámite y Decisión de Primera Instancia**

El **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 118 del 22 de julio de 2020**, declarando probada la excepción de ausencia de requisitos para hacer efectiva la póliza de garantía; declarando no probadas las excepciones propuestas por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** respecto al impago de los salarios causados entre el 17 de

<sup>1</sup> Mayúscula y negrillas son propias del texto.

<sup>2</sup> Mayúscula y negrillas son propias del texto.

octubre y el 26 de noviembre de 2014 y la indemnización moratoria; condenado a la empresa ATIEMPO S.A.S. y solidariamente a COMCEL S.A., en calidad de beneficiaria de los trabajos, a pagar a la demandante, los salarios causados entre el 17 de octubre y el 26 de noviembre de 2014 equivalentes a \$1.579.632, a la indemnización moratoria por valor de \$28.433.376, por los primeros 24 meses y los intereses a partir del 27 de noviembre de 2016 y hasta que se verifique el pago, absolviendo a los demandados de las demás pretensiones y condenando en costas a las accionadas.

Para arribar a tal decisión, el *A quo*, indicó que, se conciben las empresas de servicios temporales como una institución que tiene la posibilidad de ser verdadera empleadora respecto a los trabajadores de planta, incluso frente a los trabajadores en misión conforme al artículo 71 de la ley 50 de 1990.

Encontró probada la relación laboral con sus características generales, pues la misma demandante confesó la suscripción de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor con la empresa ATIEMPO S.A.S., para prestar sus servicios a COMUNICACIONES CELULAR S.A., allegando al plenario liquidaciones de contrato, pagos de nómina y comunicaciones de terminando, donde corroboró los extremos temporales de las dos últimas contrataciones, entre el 2 de mayo al 26 de noviembre de 2014, configurándose la existencia de un contrato realidad a término indefinido entre la actora y Comunicaciones Celular S.A., pues se excedió el tiempo de la obra, siendo el verdadero empleador la empresa usuaria.

Que, no obra prueba en el plenario, que al momento de la terminación del contrato se evidenciara que la demandante fuera beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada, pues no tenía complicaciones de salud ni recomendaciones médicas, ni tampoco incapacidades.

Respecto a los salarios de octubre 17 a 26 de noviembre de 2014, se refleja

liquidación de prestaciones sociales, sin embargo, no se evidenció el pago de este concepto, concediendo el mismo junto con la indemnización moratoria, pues la parte pasiva no brindó explicación alguna sobre su impago, aun siendo reconocido por las partes que el extremo final del vínculo laboral se suscitó el 26 de noviembre de 2014, emergiendo así la mala fe, a pesar que ATIEMPO S.A.S., hizo una consignación a depósito judicial a favor de la demandante por valor de \$906.676 en el Banco Agrario a cargo del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, con fecha 7 de mayo de 2019, data que fue posterior a la terminación del contrato, no evidenció el pago de salarios adeudados

En cuanto a quien debe responder por las obligaciones de la demandante es ATIEMPO S.A.S., en su condición de empleador al igual que COMUNICACIONES CELULAR S.A. - COMCEL S.A. por beneficiarse del servicio contratado en virtud de la solidaridad consagrada en el numeral 1 del artículo 34 del C.S.T., dado que las actividades de la demandante se realizaron en virtud de la apertura de nuevos puntos de ventas que guarda relación con el objeto social de COMCEL S.A.

Respecto a la póliza 4483 siendo el asegurado ATIEMPO S.A.S. y los beneficiarios son los trabajadores de esta última, con vigencia entre el 31 de diciembre de 2012 y el 1 de enero de 2014, condicionándose la misma al estado de iliquidez de la empresa de servicios temporales, sin que se haya establecido en el plenario que se acreditara esta exigencia.

### **Recursos de Apelación**

Inconformes con la decisión, recurrieron la **demandante ELIANA MONTOYA CAMELO** y las **demandadas ATIEMPO S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**

### **Alzada Parte Demandante**

Sostiene que, si bien es cierto las demandadas hicieron un pago por valor de \$906.676 por concepto de prestaciones, lo realizaron hasta el 7 de mayo de 2019 y solo se condenó a la indemnización moratoria sobre los salarios dejados de cancelar, mas no se hizo pronunciamiento alguno sobre la indemnización moratoria por el pago tardío de prestaciones sociales.

#### **Alzada Parte Demandada ATIEMPO S.A.S.**

Manifestó que, actuó de buena fe frente a los pagos realizados a la trabajadora en misión, actuando en consecuencia y honorabilidad al Código Laboral.

#### **Alzada Parte Demandada COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A**

Solicitó que, se revoque parcialmente la sentencia, pues entre la demandante y COMCEL S.A. no existió relación laboral, ya que entre ésta última y la sociedad ATIEMPO S.A.S., se suscribió un contrato de prestación de servicios en virtud del cual ATIEMPO S.A.S. se obligó a la prestación de los servicios a que se refiere el artículo 77 de la ley 50 de 1990 a través de trabajadores en misión.

Argumentó que, la demandante fue contratada como trabajadora en misión para suplir necesidades de personal en Comcel en dos períodos diferentes y se hizo necesario debido a incrementos en ventas y clientes, realizando sus labores desde abril del 2013 hasta abril del 2014 y el segundo periodo de mayo hasta agosto del 2014, en diferentes CAVS realizando diversas funciones.

Que, la demandante reclama un período de trabajo del 9 de agosto de 2014 al 26 de noviembre de 2014, en el cual no prestó servicios como trabajadora en misión. No hay base legal para que la empresa responda solidariamente por el pago de salarios y prestaciones sociales. Que, hay

lugar a la solidaridad entre la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales cuando el suministro de trabajadores en misión se realiza de forma ilegal, por ende, en el presente caso no existe tal solidaridad porque la vinculación de la demandante no fue superior al periodo legalmente establecido que es de 1 año.

Señaló que, el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, se aplica para el empleador cuando éste no paga a su trabajador el valor de los salarios y prestaciones sociales que le adeuda a la finalización del contrato de trabajo, es evidente que en el presente caso no existe razón jurídica o fáctica para que se imponga condena por concepto de la citada indemnización, ni siquiera por solidaridad, en atención a que ésta jamás ostentó la condición de empleadora y debido a ello tampoco se causó a su cargo la obligación de pagar a la demandante salarios o prestaciones sociales.

Respecto a la póliza suscrita por ATIEMPO S.A.S. No. 02DL00483 en virtud de la cual la aseguradora se comprometió amparar el cumplimiento del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones causados a favor de los trabajadores de la sociedad tomadora con ocasión del contrato de prestación de servicios celebrado con COMCEL, comprendía entre el 31 de diciembre de 2013 hasta el 1 de enero de 2015, por lo tanto, la aseguradora debe responder por las condenas impuestas.

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre los **recursos de apelación** interpuestos por la **demandante ELIANA MONTOYA CAMELO** y los **demandados ATIEMPO S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**, respecto de la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

## Hechos Probados

En el *sub iúdice* no es materia de discusión que: **I)** entre **ELIANA MONTOYA CAMELO** y **ATIEMPO S.A.S.**, suscribieron un contrato por obra o labor; y, **II)** la labor era realizada para la empresa usuaria **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**

## Problemas Jurídicos

Deberá la Sala establecer: **I)** si fue ATIEMPO S.A.S o COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., el verdadero empleador de la demandante; **II)** la procedencia de la indemnización moratoria y, si en el presente caso, existió buena fe del demandado ATIEMPO S.A.S para exonerarse del pago de la misma; **III)** la existencia de la responsabilidad solidaria del demandado COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.; y, **IV)** si es viable hacer efectiva la póliza de garantía No. 02DL00483.

## Análisis del Caso

### Normatividad y Jurisprudencia Aplicables

Respecto a la existencia de la relación laboral y a fin de determinar quien fungió como verdadero empleador, sea lo primero indicar que el artículo 22 del C.S.T., define el contrato de trabajo como:

*"1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.*

*2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario."*

Por su parte, el artículo 23 *ibídem*, subrogado por el artículo 1º de la ley 50 de 1990, respecto a los elementos esenciales del contrato dispone:

*“1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren 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 otra parte, el artículo 24 del C.S.T., prevé que *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”*

En relación con las empresas de servicios temporales, la normatividad aplicable es la Ley 50 de 1990, que en su artículo 71, concordante con el artículo primero del Decreto Reglamentario 24 de 1998 y el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, indica lo siguiente:

*“Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas, el carácter de empleador”.*

Por su parte el artículo 77 de la norma en cita manifiesta:

*“Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. **Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses***

**prorrogables hasta por seis (6) meses más.**" (Negrillas y subrayado fuera de texto)

El Decreto 4369 de 2006, al reglamentar el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales en el parágrafo de su artículo 6º, señala:

*"Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio".*

Con fundamento en lo anterior, es claro que la actividad de suministro de personal para prestar servicios a terceros beneficiarios sólo puede ser desarrollada a través de las Empresas de Servicios Temporales, quienes celebran contratos de prestación de servicios con empresas usuarias para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades propias de éstas, mediante el envío de trabajadores en misión, quienes ejecutarán la labor contratada, teniendo presente en todo caso que estos trabajadores son contratados directamente por la Empresa de Servicios Temporales y por tanto, es para todos los efectos la verdadera empleadora.

En ese orden de ideas, la norma permite la vinculación de **trabajadores en misión** para atender necesidades **realmente temporales y ocasionales**. Sin embargo, permite la contratación de trabajadores para la prestación de servicios **por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más**, lo que implica que, si la usuaria, después de un año de vinculación del trabajador en misión, desea continuar con sus servicios, deberá contratarlo de manera directa, pues lo contrario constituiría una prohibición que expresamente se encuentra consagrada en el Decreto 503 de 1998, artículo 2º.: *"Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho*

servicio.”

Si la usuaria viola esta prohibición, será considerado como el verdadero empleador directo del trabajador, y la empresa de servicios temporales pasará a ser un empleador aparente y un simple intermediario. Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia al establecer que “...cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, solo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador...”<sup>3</sup>, posición reiterada mediante la Sentencia 25714 del 31 de marzo de 2006.<sup>4</sup>

Así mismo, le mencionada Corporación en Sentencia, SL-087-2018 radicado 51340 del 7 de febrero de 2018, indicó que, una empresa usuaria no puede prorrogar el contrato con una Empresa de Servicios Temporales por un término superior a 12 meses, ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferentes Empresas Temporales para la prestación de servicios. Lo anterior toda vez que al desarrollar un nuevo contrato o prorrogar el existente por el término superior a un año desvirtúa completamente la temporalidad del mismo, advirtiéndose, por el contrario, su vocación de permanencia.

En tal sentido, la Sala Laboral indicó que, al exceder los límites de temporalidad establecidos por el legislador transgrede la legalidad y la legitimidad de esa forma de vinculación laboral, convirtiendo a la empresa usuaria en un verdadero y directo empleador, pues tal y como lo dice la Corte Constitucional en la Sentencia 330 de 1995 “...la norma lo que busca es la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes...”.

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Casación laboral, Sentencia 25717 de febrero 21 de 2006.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral, Sentencia 25714 del 31 de marzo de 2006.

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia T - 614 de 2017 indicó que: *“...cuando la Empresa Usuaria requiera los servicios del trabajador en misión de manera permanente, debe acudir a otra modalidad de contratación en procura del respeto de los derechos laborales y prestaciones; el incumplimiento del límite temporal puede implicar el desconocimiento de estos derechos ante este escenario se ha reconocido por parte de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que a la Empresa Usuaria le pueden asistir deberes laborales frente al trabajador...”*.

## **Caso Concreto**

### **De la Vinculación de la Demandante**

Descendiendo al caso bajo estudio, la parte demandada COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., en su recurso de alzada indica que, no existió una relación laboral con la demandante, pues ella fue contratada por ATIEMPO S.A.S., como trabajadora en misión, realizando sus labores desde abril del 2013 y hasta abril del 2014 y el segundo periodo de mayo a agosto del 2014, en diferentes CAVS.

Así las cosas, revisando el certificado de existencia y representación legal de la empresa ATIEMPO S.A.S.<sup>5</sup>, se observa que se trata de una empresa de servicios temporales, por ende, la normatividad aplicable es la Ley 50 de 1990, que en su artículo 71, concordante con el artículo primero del Decreto Reglamentario 24 de 1998 y el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006.

Se tiene que, a fl. 191 del expediente digital obra Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre la temporal ATIEMPO S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. de fecha 7 de noviembre de 2006, en cuya cláusula segunda se estipuló: *“OBLIGACIONES DE ATIEMPO, se obliga para*

---

<sup>5</sup> Obrante en el plenario a fl. 44 del Archivo No. 1 del expediente digitalizado de la carpeta del juzgado

*con el usuario: a) a prestar el servicio con los trabajadores en misión que éste le requiera conforme a las características que se convengan en cada caso...".*

ELIANA MONTOYA CAMELO, fue contratada por la empresa de servicios temporales ATIEMPO S.A.S para realizar labores en la empresa usuaria COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A, como consultor de servicio personalizado a clientes desde el 1 de abril de 2013, hecho este que no fue objeto de controversia entre las partes.

En cuanto a la fecha de finalización del contrato, se tiene que la misma se dio el 26 de noviembre de 2014 por la empresa A TIEMPO S.A.S., según se constata en carta obrante a fl. 106 del expediente digital, de la cual se extrae lo siguiente: *"Como es de su conocimiento, en virtud del contrato de trabajo celebrado entre Ud., y ATIEMPO S.A.S. se dio la finalización de la OBRA Y LABOR por parte de la empresa usuaria COMUNICACIÓN CELULAR S.A. en la cual usted prestó sus servicios como trabajador en misión."*

Bajo ese entendido el argumento esgrimido por la recurrente COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A, en su recurso de alzada, respecto a que la demandante no prestó sus servicios del 9 de agosto de 2014 al 26 de noviembre de 2014, no es cierto, pues según se desprende de la comunicación enviada por ATIEMPO S.A.S. a la demandante, la misma siguió realizando sus labores para la empresa usuaria hasta el 26 de noviembre de 2014.

Adicional a lo anterior, es evidente que, en el presente caso, no se cumplió con la rigurosa temporalidad indicada en la norma, ya que la demandante realizó sus labores desde el 1 de abril de 2013 hasta el 26 de noviembre de 2014, durando más de un año como trabajadora en el mismo cargo para la empresa usuaria COMCEL S.A., generando en consecuencia que, de conformidad con las normas trascritas y la jurisprudencia mencionada, el verdadero y único empleador es

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., por ende, se modificará la sentencia y en su defecto, las condenas impuestas estarán a cargo de ésta última y se adicionará a la decisión el reconocimiento del contrato realidad con la mencionada sociedad.

En cuanto a la Empresa de Servicios Temporales ATIEMPO S.A.S., ésta fungió como simpe intermediaria, sin haberse anunciado como tal, y así se declarará, en razón de lo cual se declarará solidariamente responsable con la empleadora COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., por todas las condenas impuestas en favor de la demandante de conformidad con lo preceptuado en el numeral 3° del artículo 35 del C.S.T. y, lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3520 de 2018.

### **Indemnización Moratoria**

Sostiene la parte demandante que, solo se condenó a la indemnización moratoria sobre los salarios dejados de cancelar, mas no por la falta de pago de prestaciones sociales.

Por otro lado, el recurrente del extremo pasivo ATIEMPO S.A.S., manifiesta que hubo buena fe y que por tal motivo se debe absolver de la condena impuesta por este concepto.

Por su parte **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** expuso que no es viable jurídicamente que se le condene a la indemnización moratoria ni siquiera en solidaridad ya que jamás ostentó la calidad de empleador de la demandante.

Se tiene que, el artículo 65 del C.S.T., indica:

*“Indemnización por falta de pago:*

*1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención*

*autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. (...)*".

Bajo este entendido, la misma norma indica que, la génesis de la indemnización ocurre, cuando a la terminación del vínculo laboral, el empleador no ha pagado salarios y prestaciones sociales, luego se debe entender que, hace referencia *V gr.* a las cesantías y sus intereses, prima de servicios, aporte aportes a pensiones, gnosis elemental por la que no le asiste razón ni a la demandante ni a la demandada.

Ahora bien, el criterio jurisprudencial indica que, para que el empleador sea exonerado de la indemnización moratoria, debe aflorar en el proceso que obró de buena fe, que siempre estuvo presto a pagar las acreencias laborales al trabajador o que le fue imposible cumplir con sus obligaciones por hechos o circunstancias ajenas a su voluntad (fuerza mayor o caso fortuito); o dicho de otra manera, para imponer la sanción se requiere que en el proceso aflore la mala fe por parte del empleador, es decir, que no exista exculpación alguna para no cancelar los emolumentos laborales, a la culminación de la relación laboral.

Para la Sala, en el presente caso aflora la mala fe, al concretarse el ocultamiento del verdadero empleador COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., en pro de evadir el pago de salarios y prestaciones sociales, bajo la figura de contrato de obra o labor con la intermediación de la empresa de servicios temporales demandada, que a todas luces en este caso se tornó ilegal, al sobrepasar la temporalidad establecida por la ley 50 de 1990, por lo que en efecto se debe condenar al pago de la misma, más aún cuando se lesionaron derechos mínimos de la trabajadora, tal cual lo determinó el *A quo*, sin embargo, se aclara que la mencionada indemnización estará a cargo de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., en su condición de verdadera empleadora, tal como se concluyó en precedencia y la solidaridad se extenderá a la firma A TIEMPO S.A.S.

## De la Póliza de Cumplimiento

Sostiene el recurrente **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** que, en virtud de la póliza No. 02DL00483 la aseguradora se comprometió amparar el cumplimiento del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones causados a favor de los trabajadores de la sociedad tomadora ATIEMPO S.A.S.

Se tiene que, esta garantía nace en virtud de los artículos 82 y 85 numeral 5° de la Ley 50 de 1990, reglamentado por el Decreto 1707 de 1991, condicionando el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, a la iliquidez de la empresa.

Dentro del plenario obra prueba a fls. 267 a 271 del expediente digital de que, entre la empresa ATIEMPO S.A.S. y la COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA S.A., se suscribió la póliza de seguro de cumplimiento particular número 02- DL004483, en virtud de la cual el asegurador se obligó con la sociedad tomadora, a asumir el riesgo del cumplimiento del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, causados a favor de los trabajadores de la sociedad tomadora, **por el surgimiento de alguna situación financiera de estado de iliquidez**, con ocasión del contrato de prestación de servicios suscrito con COMCEL S.A., **cuya vigencia estuvo comprendida entre el 31 de diciembre de 2013 hasta el 1 de enero de 2015.**

Revisado el expediente, no obra prueba alguna que acredite que el tomador de la póliza (ATIEMPO S.A.S.) estuviera atravesado por una situación financiera de estado de iliquidez, para que se hubiera concretado la condición específica inserta en el contrato de seguro y por ende el pago del riesgo asegurable a favor de la beneficiaria demandante, por parte del asegurador.

Así las cosas, se adicionará la providencia impugnada, se declarará que entre ELIANA MONTOYA CAMELO y la empresa COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., identificada con Nit 800153993-7, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1 de abril de 2013 hasta el 26 de noviembre de 2014; de igual modo que, la sociedad temporal ATIEMPO S.A.S., en la referida relación actuó como simple intermediaria.

Aunado a lo anterior se revocarán los ordinales 3° y 4° de la sentencia recurrida, para en su lugar condenar a la empresa COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. de Nit 800153993-7, en su condición de empleador, a pagar a favor de ELIANA MONTOYA CAMELO identificada con cédula de ciudadanía No. 1144124125 en su condición de trabajadora, los salarios causados entre el 17 de octubre y el 26 de noviembre de 2014 en la suma de \$1.579.636, así como a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, la suma de \$28.433.373 y a partir del mes 25, es decir, del 27 de noviembre de 2016, se pagarán los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando el pago se verifique.

Costas de esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fijarán como agencias en derecho, a cargo de la demandante Eliana Montoya Camelo y, a favor de las demandadas ATIEMPO S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. la suma de trescientos mil pesos (\$300.000) y, a cargo de las demandadas ATIEMPO S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. y a favor de la demandante Eliana Montoya Camelo la suma de UN MILLON DE PESOS (\$1'000.000), a cada una.

### **Decisión**

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

## RESUELVE

**PRIMERO: MODIFÍCASE y ADICIÓNASE** el numeral **SEGUNDO** de la **Sentencia No. 118 del 22 de julio de 2020**, proferida por el **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali**, el cual quedará así:

**“SEGUNDO: DECLÁRANSE** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**, y **ATIEMPO S.A.S.**, por las razones expuestas, en consecuencia,

**2.1. DECLÁRASE** que, entre **ELIANA MONTOYA CAMELO**, en calidad de trabajadora, y, la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**, identificada con Nit 800153993-7, en calidad de empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido cuya fecha de inicio fue el 1 de abril de 2013 y terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora el 26 de noviembre de 2014.

**2.2. DECLÁRASE** que la sociedad temporal **ATIEMPO S.A.S.**, en la relación laboral existente entre **ELIANA MONTOYA CAMELO** y la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**, actuó como simple intermediaria, por lo mismo, **DECLÁRASE** solidariamente responsable con ésta última por todas las condenas que se le impongan en esta sentencia, conforme lo motivado.”.

**SEGUNDO: MODIFÍCANSE** los ordinales **3º** y **4º** de la **Sentencia No. 118 del 22 de julio de 2020**, proferida por el **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali**, conforme se dijo en la parte motiva, los cuales quedaran así:

**“TERCERO: CONDÉNASE** a la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**, identificada con Nit 800153993-7, en su condición de empleador, y solidariamente a la sociedad temporal **ATIEMPO S.A.S.**, a pagar en favor de **ELIANA MONTOYA CAMELO** identificada con cédula de ciudadanía No. 1144124125, en su condición de trabajadora, los salarios causados entre el 17 de octubre y el 26 de noviembre de 2014 en la suma de \$1.579.632, conforme lo expuesto en la motiva.

**CUARTO: CONDÉNASE** a la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**, identificada con Nit No. 800153993-7, en su condición de empleador, y, solidariamente a la sociedad temporal **ATIEMPO S.A.S.**, a pagar a favor de **ELIANA MONTOYA**

*CAMELO identificada con cédula de ciudadanía No. 1144124125, en su condición de trabajadora, la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, hasta por veinticuatro (24) meses, contados a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo, en suma de \$28.433.376, y a partir del mes 25, es decir, del 27 de noviembre de 2016 se pagaran los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando el pago se verifique, por lo motivado."*

**TERCERO: CONFÍRMASE** en lo demás la **Sentencia No. 118 del 22 de julio de 2020**, proferida por el **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

**CUARTO: Costas** de esta instancia a cargo de las recurrentes. Fíjense como agencias en derecho, a cargo de la demandante Eliana Montoya Camelo y, a favor de las demandadas ATIEMPO S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., la suma de trescientos mil pesos (\$300.000), y, a cargo de las demandadas ATIEMPO S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y a favor de la demandante Eliana Montoya Camelo la suma de UN MILLON DE PESOS (\$1'000.000), a cada una.

**QUINTO:** Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece.

**COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

  
**JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA**  
Magistrado Ponente

**(AUSENCIA JUSTIFICADA)**  
**HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO**  
Magistrado

  
**ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ**  
Magistrada