

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL****SENTENCIA No. 120**

Proceso	Ordinario
Radicado	76001310500820150009602
Demandante	Ariel Muñoz Parra
Demandada	Telmex Colombia S.A. y la empresa Mercadeo, Tecnología & Telecomunicaciones MERC@TTEL S.A.S.
Llamamiento en garantía	Liberty Seguros S.A. y Mapfre Seguros de Colombia S.A.
Asunto	Contrato de trabajo, intermediación laboral, prestaciones sociales e indemnizaciones
Decisión	Confirma

En Santiago de Cali, el día 27 de agosto de 2025, la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Carlos Alberto Carreño Raga, Mónica Teresa Hidalgo Oviedo y Fabian Marcelo Chavez Niño**, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procedemos a resolver los recursos de apelación formulados por Telmex Colombia S.A. y Liberty Seguros S.A., contra la sentencia **137 del 14 de noviembre de 2017**, proferida dentro del proceso ordinario promovido por **Ariel Muñoz Parra** contra **Telmex Colombia S.A. y la empresa Mercadeo, Tecnología & Telecomunicaciones MERC@TTEL S.A.S. -en adelante MERC@TTEL S.A.S.**

ANTECEDENTES

Para empezar, pretende el demandante se declare la existencia de una relación laboral tercerizada con la empresa Mercadeo, Tecnología & Telecomunicaciones MERC@TTEL S.A.S. y Telmex Colombia S.A., desde el 11 de mayo de 2011 hasta el 5 de mayo de 2014, por ende, que se condene solidariamente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, las vacaciones, la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST y la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, asimismo, al reintegro y al pago de salarios dejados de percibir junto con las prestaciones sociales y/o subsidiariamente a la indemnización por despido injusto regulada en el artículo 64 del CST, a la indexación y a las costas procesales.

Basó sus pretensiones en que se vinculó laboralmente la empresa Mercadeo, Tecnología & Telecomunicaciones MERC@TTEL S.A.S., el 11 de mayo de 2011, en el cargo de técnico de acometidas, pero que desde un inició le dijeron que quien coordinaría la labor era Telmex Colombia S.A., entidad que hizo entrega de la dotación, realizó capacitaciones e incluso llevó a cabo procedimientos disciplinarios a los empleados.

Agrega, que el 5 de agosto de 2013 los trabajadores constituyeron un sindicato cuyo nombre es SINTRAMERCATTEL, pero que las entidades demandadas no estuvieron de acuerdo y debido a esto cerraron algunas sedes en las que prestaban sus servicios, que iniciaron proceso de negociación colectiva el 6 de agosto de 2013, con la radicación de pliego de peticiones, sin que haya sido resuelto por parte del empleador.

Asimismo, indicó que MERC@TTEL S.A.S., sin avisar, cerró las instalaciones de la empresa el 5 de mayo de 2014 y que a esa fecha no le habían cancelado salarios ni prestaciones sociales, que el día 21 de agosto de ese mismo año fue citado ante la aseguradora Liberty S.A., le fue cancelada una suma de dinero -sin mencionar cuánto-, que consideró no era la correcta y que ambas entidades fueron sancionadas por el Ministerio de Trabajo, debido a la tercerización (f.º 43-51).

A través de Auto 946 del 9 de abril de 2015, fue admitida la demanda y notificada en debida forma (f.º 52). Posteriormente, mediante Auto 3626 del 15 de diciembre de 2015, se dispuso el emplazamiento de MERC@TTEL S.A.S., designándose curador ad litem (f.º 67-68).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Surtido el trámite de rigor, **TELMEX COLOMBIA S.A.** manifestó que no constarle la relación laboral que tuvo el demandante con MERC@TTEL S.A.S., advirtió que con esta entidad medió una oferta mercantil el 16 de junio de 2008, cuyo objeto es la compra de materiales y servicios, entre otras, de levantamiento de mapping, diseño de redes HFC, dibujo del diseño, etc. Asimismo, indicó que se firmó un contrato de prestación de servicios con MERC@TTEL S.A.S., el 1 de abril de 2011, cuyo objeto era el mismo que fue ofrecido en la oferta mercantil.

Agrega, que la empresa MERC@TTEL S.A.S., se comprometió a prestar sus servicios de manera autónoma e independiente, haciendo uso de su propio personal, con total autonomía técnica, administrativa y financiera, que lo único que hacía TELMEX COLOMBIA S.A., era realizar la función de supervisión de la ejecución del contrato de

prestación de servicios firmado con el contratista MERC@TTEL S.A., además, desconoce de la creación del sindicato al que alude el actor y advirtió que tuvo conocimiento del pago realizado por la aseguradora Liberty S.A., en suma de \$794.846.

Aunado a lo anterior, se opuso a las pretensiones bajo los mismos argumentos plasmados en la contestación de los hechos de la demanda. Propuso la excepción previa de falta de requisitos formales por indebida acumulación de pretensiones, y como de mérito las de inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de título y causa en el demandante, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción y la genérica (f.º 71-90).

En escritos separados, TELMEX COLOMBIA S.A., solicitó el llamamiento en garantía de la aseguradora Liberty Seguros S.A., y Mapfre Seguros de Colombia S.A., al considerar que debe responder en el evento en que sea condenada al pago de algún rubro, dadas las pólizas de seguro contratadas (f.º 154-156 y 193-195, respectivamente).

Por Auto 563 del 3 de marzo de 2016, fueron admitidos los llamamientos en garantía y se surtieron las debidas notificaciones (f.º 212).

Surtido el trámite anterior, **LIBERTY SEGUROS S.A.**, se pronunció frente a los hechos de la demanda indicando que no le consta la existencia de la relación laboral que pretende el demandante ni nada de lo plasmado en la demanda. Se opuso a lo pretendido al considerar que carecen de fundamento fáctico y jurídico. Propuso como exceptivos las que denominó excepciones planteadas por quien efectúa el llamamiento en garantía, inexistencia de solidaridad y de obligación a cargo de TELMEX COLOMBIA S.A., prescripción, compensación la genérica.

Respecto al llamamiento en garantía, refirió que celebró un contrato de seguro con la demandada en el que si bien se afianzó a MERC@TTEL S.A., también es que la única beneficiada es TELMEX COLOMBIA S.A., y que solo cubre prestaciones sociales y salarios. Se opuso a lo pretendido advirtiendo que, en el evento de que se condene a la beneficiaria, solo debe responder por el riesgo asegurado. Propuso la excepción de marco de los amparos otorgados y en general, alcance contractual de las obligaciones del asegurador, subrogación, limite contractual de la eventual obligación indemnizatoria o de reembolso a cargo de la entidad, prescripción, las exclusiones de amparo expresamente previstas en las condiciones generales de las pólizas de seguro contratadas con la entidad y la genérica y otras (f.º 238-266).

Por su lado, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, aseguró no constarla ningún hecho de la demanda. Se opuso a las pretensiones por carecer de

fundamento fáctico y jurídico. Propuso como exceptivos los que denominó excepciones planteadas por quien efectúa el llamamiento en garantía, inexistencia de solidaridad y de obligación a cargo de TELMEX COLOMBIA S.A., prescripción, compensación y la genérica.

Respecto al llamamiento en garantía, manifestó que celebró una póliza de seguro en el que se afianzó a MERCQTTEL S.A., pero la única beneficiaria es TELMEX COLOMBIA S.A., Se opuso a lo pretendido advirtiendo que, en el evento de que se condene a la beneficiaria, solo debe responder por el riesgo asegurado. Propuso la excepción de marco de los amparos otorgados y en general, alcance contractual de las obligaciones del asegurador, subrogación, limite contractual de la eventual obligación indemnizatoria o de reembolso a cargo de la entidad, prescripción, las exclusiones de amparo expresamente previstas en las condiciones generales de las pólizas de seguro contratadas con la entidad y la genérica y otras (f.º 293-321).

Del trámite procesal se logra observar que se continuaron las labores de emplazamiento de MERC@TTEL S.A., pero no fue un éxito, por lo que por Auto 2685 del 9 de octubre de 2017, se tuvo por no contestada la demanda (f.º 402).

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia celebrada el 14 de noviembre de 2017, estando en la etapa de decisión de excepciones previas, la juez de primer grado resolvió inadmitir la demanda y rechazarla, decisión que fue recurrida por la parte activa, una vez subió a segunda instancia, mediante providencia del 15 de agosto de 2018, se revocó lo decidido y, en consecuencia, se ordenó al juzgado continuar con el trámite del proceso (f.º 7 Cdo. Tribunal).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia 137 del 14 de noviembre de 2017, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada TELMEX COLOMBIA S.A. y la llamada en garantía LIVERTY SEGUROS S.A., en sus contestaciones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **MERCADEO, TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES MERCATTEL S.A.S.**, representada legalmente por IVAN MAURICIO PRIAS MURILLO, o por quien haga sus veces y solidariamente a la demandada **TELMEX COLOMBIA S.A.**, representada legalmente por JUAN

CARLOS ARCHILA CABAL, o por quien haga sus veces, a pagar al demandante señor **ARIEL MUÑOZ PARRA**, las siguientes sumas: por cesantías \$242.708, por intereses a las cesantías \$10.113, por la prima de servicios \$242.708, por vacaciones \$301.354 y por indemnización por despido sin justa causa \$1.457.194.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **MERCADEO, TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES MERCATTEL S.A.S.**, y solidariamente a la demandada **TELMEX COLOMBIA S.A.**, a pagar al demandante señor **ARIEL MUÑOZ PARRA**, la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., que por los primeros veinticuatro (24) meses de mora asciende a la suma de \$15.048.000; a partir del 6 de mayo de 2016 deberá pagar al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre las prestaciones debidas y hasta la fecha en que se verifique su pago.

CUARTO: CONDENAR a la llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.**, a reembolsar a la demandada **TELMEX COLOMBIA S.A.**, las sumas pagadas a favor del demandante por virtud de las condenas impuestas en esta providencia por concepto de prestaciones sociales; reembolso que será solamente hasta el límite del valor asegurado de acuerdo con la póliza de seguro de cumplimiento No. 1959088, con vigencia entre el 1° de octubre de 2011 al 15 de junio de 2017, salvo el valor de las indemnizaciones y las costas.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas **MERCADEO, TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES MERCATTEL S.A.S.** y **TELMEX COLOMBIA S.A.**, así como a la llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.S** de las demás pretensiones rogadas en la demanda por el señor **ARIEL MUÑOZ PARRA**.

SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones rogadas en la demanda por el señor **ARIEL MUÑOZ PARRA**.

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de la parte demandada **MERCADEO, TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES MERCATTEL S.A.S.** y **TELMEX COLOMBIA S.A.**, como agencias en derecho se fija la suma de **\$2.000.000**, por la que responderán de manera solidaria.

Para arribar a la anterior decisión, hizo referencia al artículo 53 de la Constitución Política, de los artículos 34, 55, 62 y 64 del CST, a la sentencia con radicación 400049 de 2013 (solidaridad), respecto al fuero circunstancial, hizo referencia al artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, artículo 10 del Decreto 1373 de 1966, del cual en su artículo 25 señala que los trabajadores que hubieran presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada desde la fecha de presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto, además, hizo lectura del artículo 10 del Decreto 1373 que Reglamentó el

artículo 25.

Asimismo, hizo lectura de un aparte de la sentencia C-201 del 2002, en la que se señala que el fuero circunstancial es un mecanismo que busca proteger a los trabajadores que hubieran presentado al empleador en un pliego de peticiones (SU 432 del 2015). Respecto al salario, resaltó que se encuentra consagrado en el artículo 127 128 del CST.

De las pruebas documentales señaló que no existe duda de que el demandante tenía un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad demandada Mercattel SAS, el cual, de acuerdo a la certificación del 29 de julio del 2013, comenzó a desarrollarse desde el 11 de mayo del 2011 hasta el 5 de mayo del 2014, cuando las instalaciones de su empleador fueron cerradas de manera intempestiva.

De igual forma, de la lectura de la oferta mercantil celebrado entre Mercattel y Telmex Colombia, encontró que Mercattel, en los términos del artículo 34 del Código sustantivo del trabajo, fue un verdadero contratista que se encargó con sus propios medios, persona, libertad, autonomía técnica y administrativa, de desarrollar el objeto propio del contrato, frente a lo cual no evidenció indicio o prueba lo suficientemente clara que permita establecer que por parte de Telmex Colombia habían directrices precisas ejercidas por su personal a los trabajadores de Mercattel y en específico que por parte de Telmex se le impartieran órdenes al demandante.

Además, encontró evidenciado con la prueba testimonial, que, aunque por parte de Telmex Colombia sí había supervisión, lo era para garantizar que la oferta mercantil fuera efectivamente cumplida en condiciones de calidad por cuenta de Mercattel, actuar que en esa clase de contrato resulta normal y no por ello se puede considerar que el hecho de la supervisión de los trabajos se traduzca en subordinación.

Conforme a los artículos 25 del Decreto 2351 de 1965 y 10 del Decreto 1373 de 1966, resaltó que aplica solamente para trabajadores sindicalizados que hubieran presentado un pliego de peticiones o no estando sindicalizados hubieran presentado tal pliego ante su empleador, del material de prueba encontró que no hay lugar al reintegro solicitado, toda vez que no se acreditó la afiliación al sindicato ni si se encontraba a paz y salvo, así como tampoco la existencia de algún pliego de peticiones.

Asimismo, encontró demostrado que el demandante fue despedido por Mercattel S.A.S., sin mediar justa causa, por lo que accedió al reconocimiento de la indemnización rogada, de las prestaciones sociales y vacaciones advirtió que, la parte demandante a través de su apoderada judicial, no informó con certeza cuál fue el periodo de causación que Mercattel adeudaba, lo que llevó a la juez a pensar que correspondían a las causadas

entre el 1 de enero del 2014 hasta el 5 de mayo del 2014, pues en el desprendible del mes de enero del 2014 quedó en evidencia que al actor se le pagaron los intereses a las cesantías del año 2013, indicio que llegó a concluir que los derechos rogados corresponden a la fracción del año 2014.

Por otro lado, en cuanto a las vacaciones, consideró que fueron reconocidos y pagados todos los periodos anuales, salvo el último que va entre el 11 de mayo del 2013 al 5 de mayo del 2014, por lo que reconoció dicho periodo y tuvo en cuenta como salario la suma de \$627,000 más auxilio de transporte legal, al liquidar encontró una cifra muy similar a la que adujo TELMEX S.A., fue pagada por Liberty S.A., pero que frente al mismo esta aseguradora nada dijo ni aportó prueba que soportará tal pago y de ahí que se tenga por establecido que el demandante no ha recibido sus prestaciones sociales definitivas. Recordó, que como se valoró en el acápite de pruebas, el oficio radicado por Telmex en la audiencia es extemporáneo y, por tanto, no le dio valor probatorio alguno.

En relación con la presunción que, generada en contra del actor por su inasistencia al interrogatorio de parte respecto al supuesto pago, manifestó que el artículo 166 del Código General del proceso, señala que será procedente siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados, así como que el hecho legalmente presumido se tiene, por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.

Para concluir que pesar de que se estableció la presunción citada, lo cierto es que el pago no tiene sustento probatorio alguno, pues no se allegó al expediente prueba del pago de rubros laborales. Con relación a la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 del 1990, advirtió que no se precisaron los periodos que no fueron consignados en la cuenta individual de cesantías del demandante, y habiéndose concedido las cesantías que corresponden al periodo laboral del año 2014, la obligación legal del empleador demandado no era consignarlas sino de pagarlas directamente al trabajador demandante, por lo que negó esa indemnización.

De otro lado, lo cierto es que la demandada Mercattel omitió acreditar las razones por las cuales incurrió en mora en relación con el pago de las prestaciones sociales definitivas, y ello se debe a que su representación lo fue a través de curadora ad litem, y de las pruebas no se extrae que existan razones válidas que permitan justificar el actuar moroso con relación al pago inmediato a las prestaciones del demandante, por ende, existió la mala fe de ese empleador, y por tales motivos condenó a la indemnización del artículo 65 del CST, que por los primeros 24 meses asciende a \$15.048.000, a partir del 6 de mayo del 2016 deberá pagar al demandante los intereses moratorios hasta la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre las prestaciones debidas y hasta la fecha en que se verifique el pago.

Con relación a la demandada Telmex Colombia respecto a las obligaciones del empleador Mercattel SAS, advirtió que conforme al artículo 34 del CST, dedujo que la primera está llamada a responder de manera solidaria por todas las obligaciones impuestas en la medida que la labores desarrolladas por la contratista independiente no son labores extrañas a las actividades normales de Telmex Colombia, pues notó que el objeto social de la contratante y la contratista están directamente relacionadas, en tanto Telmex se dedica a la explotación y comercialización del servicio de telecomunicaciones, esto es, televisión, telefonía, entre otros, para lo cual efectúa la contratación con Mercattel, la que se dedica a la comercialización, venta, instalación, soporte y mantenimiento de red de telecomunicaciones, actos necesarios y complementarios para que la contratante puede desarrollar sus actividades y así al no ser las labores desarrolladas por el demandante y la contratista extraña respecto a las actividades normales de Telmex Colombia SA, tales circunstancias, aunque no convierten a Telmex en empleador del demandante, sí lo hace en garante de las obligaciones prestacionales e indemnizatorias.

Asimismo, advirtió que si bien Telmex Colombia debe responder por las obligaciones que legalmente le corresponden a Mercattel y esto le genera un detrimento económico, tales obligaciones se encuentran amparadas por las pólizas de seguro de cumplimiento 1959088, con vigencia 1 de octubre del 2011 al 15 de junio del 2017, tomada con la aseguradora Liberty seguros, lo que lleva a que la llamada en garantía deba reembolsar a Telmex Colombia las sumas pagadas a favor del demandante por virtud de las condenas impuestas en esta providencia respecto de prestaciones sociales definitivas, exceptuando el valor de la sanción moratoria y las costas que no están incluidas en las pólizas.

Absolvió a la llamada en garantía Mapfre, pues la póliza 220130890070 tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre del 2013, esto es, una fecha anterior a la finalización del contrato de trabajo del demandante y consecuente nacimiento a la obligación de pagar la liquidación definitiva de prestaciones, negó la indexación, en la medida que fue concedida la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

RECURSO DE APELACIÓN

Por un lado, la apoderada judicial de Telmex, interpuso y sustentó el recurso de apelación bajo el argumento de que discrepa de lo decidido por la juez de primer grado, en tanto indicó que existe conexidad entre los objetos sociales de ambas entidades; no obstante, considera que Telmex Colombia es una empresa dedicada a la prestación del servicio público de telecomunicaciones, actividad que no ha delegado o subrogado en cabeza de Mercattel S.A.S. Asimismo, precisó que Mercattel S.A.S., ejecutó en forma

autónoma, independiente y de manera estable el objeto de los contratos suscritos con Telmex Colombia, razón por la cual no resulta imputable ninguna de las condenas impuestas y menos en solidaridad (artículo 34 CST).

De igual forma, indicó que en el evento en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirme la sentencia en este sentido, de los desprendibles de pago aportados, se extrae que MERCATTEL S.A.S., realizó el pago por concepto de salarios, solicita que se tenga en cuenta una certificación de Liberty Seguros, en la cual se verifica un pago efectuado al demandante por valor de \$194.000 -no recuerda con claridad la suma-, pero que fue pagado en el año 2014, aclara que no fue aportado con la contestación de la demanda, toda vez que es un documento que proviene de un tercero.

En ese mismo sentido, indicó que no hay lugar a la condena del artículo 65 del CST, toda vez que está solo es susceptible de ser impuesta al empleador por tratarse de una sanción, su aplicación no se realiza de manera automática, se requiere previamente calificar la conducta del empleador y determinar si actúa de buena fe por tratarse de una disposición de orden sancionatorio.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa indicó que se encuentra demostrado que la entidad mediante comunicación de abril del año 2014 aceptó la terminación unilateral del contrato comercial suscrito con Mercattel Colombia SAS y eso se les manifiesta mediante una comunicación dirigida a dicha sociedad.

Por último, manifestó que, de conformidad con la parte resolutive de la sentencia, se indica que el Liberty seguros solamente respondería o reembolsaría el pago de salarios y prestaciones sociales, pero advirtió que también debe asumir el pago de las indemnizaciones, toda vez que esto se encuentra dentro de la póliza que suscribieron las partes.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

Por su lado, la apoderada judicial de Liberty Seguros S.A., interpuso y sustentó el recurso de apelación al considerar que si bien entre Telmex como contratante y Mercattel como contratista se celebró oferta mercantil el 16 de junio del 2008, cuyo objeto era la compra de materiales y servicios de levantamiento de mapping, entre otros, la realización de dichas obras no hace parte del objeto social de Telmex Colombia S.A. y en consecuencia, no es responsable de las eventuales obligaciones laborales contraídas por su contratista para la ejecución del contrato celebrado, como quiera que la labor contratada es ajena al objeto social de la entidad convocante y por ende, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 34 del Código sustantivo del trabajo, no nació la

solidaridad predicada por el actor, por ende, no hay lugar a imposición de condena alguna, así como tampoco a la solidaridad.

Por otro lado, asegura que el demandante indicó que sí recibió un pago por parte de la compañía de seguro y teniendo en cuenta que ha sido el único pago realizado por esta y que no ha sido objetada por la parte demandante, por ende, debe tenerse como probado tal supuesto.

Por lo anterior, solicita que se absuelva a la entidad de las condenas impuestas.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez recibido el proceso por redistribución, este despacho judicial asumió el conocimiento del presente asunto en el estado en que se encontraba, se admitió el recurso de apelación y se surtió la etapa de alegatos de conclusión. Por su lado, TELMEX COLOMBIA S.A. hoy COMCEL S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A., presentaron el escrito respectivo, dentro de la oportunidad procesal oportuna.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Conforme al artículo 66A del CPTSS la competencia de esta Corporación se limita a los puntos objeto de reproche formulados por los apoderados judiciales de TELMEX COLOMBIA S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A., en aplicación del principio de consonancia.

CONSIDERACIONES

Partiendo de los argumentos fácticos y jurídicos esbozados por los extremos enfrentados, en apego a la censura, corresponde a esta instancia establecer **i)** se determinará si hay lugar o no a la solidaridad, **ii)** si hay lugar o no a las indemnizaciones consagradas en los artículos 64 y 65 del CST, **iii)** se verificará si con las pruebas aportadas en el momento procesal oportuno se logra evidenciar el pago realizado por Liberty Seguros S.A.

Previo a resolver el caso bajo estudio, resulta imperioso precisar que, son hechos probados y no admiten discusión con los documentos aportados al proceso, la existencia de una oferta mercantil suscitada entre TELMEX COLOMBIA S.A. hoy COMCEL S.A. (por fusión) el 16 de junio de 2008 (f.º 91-106), el contrato de prestación de servicios firmado por ambas entidades del 1 de abril de 2011, en el que MERCATTEL S.A.S. fungió como contratista y la hoy COMCEL S.A., como contratante (f.º 108-132), la póliza de seguro de

cumplimiento contratada con Liberty Seguros S.A., en la que el verdadero beneficiario era esta última entidad, que tendría vigencia el 1 de octubre de 2011 al 1 de abril de 2017 (f.º 139-140).

i) Tercerización - solidaridad

Ahora bien, es preciso mencionar que la legislación ha autorizado la contratación de personal a través de terceros como una solución a aspectos como competitividad, ahorro de costos, eficiencia y rentabilidad, lo cual se puede hacer a través de contratistas independientes, Empresas de Servicios Temporales - EST, y Cooperativas de Trabajo Asociado – CTA.

En lo que tiene que ver con la tercerización e intermediación laboral, es preciso recordar que tal como lo enseña la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4479 de 2020, la tercerización laboral soportada en el artículo 34 del CST, outsourcing o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, ello supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.

En razón a lo anterior, se entiende la tercerización como un modo de organización de la producción, en virtud del encargo que se hace a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, por ende, resultan ser un instrumento legítimo en lo jurídico, pues permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas [...] (CSJ SL467-2019).

Bajo ese mismo entendido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado en abundantes pronunciamientos, entre otros, en la sentencia CSJ SL4479 de 2020, que para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Y, en ese mismo sentido la jurisprudencia ha dicho que el contratista debe tener estructura propia y un aparato productivo especializado, es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Además, ha advertido que esta hipótesis no la regula el artículo 34 del CST, toda vez que este canon presupone la existencia de un contratista autónomo con capacidad

directiva, técnica y dueño de los medios de, sino que se debe regular por el artículo 35 ibidem (simple intermediario), de lo cual se entiende que el verdadero empleador es la empresa comitente y el aparente contratista es un simple intermediario quien, al no manifestar su calidad como tal, debe responder solidariamente (CSJ SL467 de 2019).

Frente a la solidaridad, elemento censurado por las partes en litis, es preciso mencionar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL467 de 2019, indicó que si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente, regulado por el artículo 34 del CST, sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otra manera, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa beneficiada, en estos eventos, ante la existencia de un falso contratista, la norma que deberá aplicarse es el artículo 35 ibidem, en virtud del cual la empresa principal deberá ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario.

Caso concreto

De las pruebas aportadas, no existe duda sobre la prestación del servicio por parte del señor ARIEL MUÑOZ PARRA, desde el 11 de mayo de 2011 hasta el 3 de mayo de 2014 (f.º 8-9), esta última fecha, tal como se extrae del comunicado # 1 del 6 de mayo de 2014, del que se extrae que la finalización de los contratos se dio para esa calenda, aclarando, que no se aportó carta de finalización del contrato por parte de las entidades respecto del demandante.

Ahora bien, respecto al elemento de la subordinación, basta con realizar la valoración de la prueba testimonial recaudada de parte de los señores Javier Ríos Medina, quien indicó que es ingeniero de calidad de Telmex S.A., que esta entidad tuvo un contrato con Mercattel S.A.S., entre el 2011 a 2014, que consistía en que la primera presta servicios y la segunda ejecutaba mano de obra, que realizaban trabajos de mapping, instalaciones y reconexiones, respecto a la supervisión de la ejecución del contrato, indicó que el contratista tenía técnicos, supervisor, líderes, gerentes y supervisores que visitaban a los clientes bajo procesos de calidad, contenidos en unos anexos, que se llevan unos índices de calidad o indicadores que los daba Telmex, tales como que la calidad de los trabajos debe estar por encima de un porcentaje y que el contratista conforme al tipo de trabajo los aseguraba.

Agrega, que Mercattel tenía personal directo, que Telmex tiene unos interventores

directos que visitaban casos aleatorios para evaluar la calidad, para entregar procesos y entrega de servicio al cliente, que él (testigo) estuvo acompañando el proceso 1 año, en el área de calidad realizando soportes técnicos, que el personal era contratado por Mercattel S.A.S., pero no sabe qué tipo de contrato tenían, no sabe la situación de los empleados de Mercattel ni cuando finalizó el contrato.

Que el modus operandi era a través de un sistema de gestión donde cada contratista tiene unos usuarios y contraseñas, y cuando se realizaba el proceso de venta o trabajo, el sistema les indicaba la zona y al contratista que le correspondía determinada zona, en caso de que el cliente presentara una inconformidad, llamaba al Call Center y se comunicaba con Telmex Colombia, que los uniformes los suministraba el contratista, indica que llevaban el logo de Claro, porque es la empresa prestadora del servicio.

Agrega, que los elementos de trabajo los entregaba Mercattel a los operarios y que Telmex entregaba los activos, como los amplificadores, los cables modem, que el cliente pagaba la factura a nombre de Claro Telmex.

Por su lado, el testigo William Andrés Sandoval Medina, refirió que es empleado de Telmex S.A., que desarrolla las funciones en el cargo de jefe del centro de gestión de operaciones, que para el 2011-2014 era jefe de operaciones y mantenimiento de toda la zona Occidente, respecto al contrato celebrado entre las demandadas, resaltó que Mercattel se encargaba de operar, de ejecutar la labor, ejecutara las tareas para las cuales fue contratado, como era levantamiento y digitalización de Mapping, construir red, hacer instalación de servicios a los clientes, mantenimiento, encargado de velar con que el aliado cumpliera.

Agrega, que Mercattel S.A.S., sabía las labores que se debían desarrollar, que a nivel de construcción de red se solicita levantamiento, información de cierta zona que es el Mapping y ellos designaban a la gente y con esa información construía los diseños de red, que eso es un plano con un diseño técnico que contaba con la aprobación de Claro - Telmex en esa época, que una vez aprobado se daba el visto bueno para que hiciera la construcción de la red externa, que era montar la infraestructura en los barrios, una vez finalizada el área comercial de Telmex a través de contratistas, empezaban a hacer las ventas, se digitaban en los sistemas, del sistema salían unas órdenes de trabajo, que en ese caso Mercattel podía descargar de los sistemas y de ahí día a día se entregaban a los técnicos.

Asimismo, manifestó que Mercattel dentro del equipo tenía una gente que se llamaba Back Office, que tenían unos usuarios que Telmex S.A. le asignaba y de ahí bajaban la información y se las asignaban a los técnicos para ejecutar el trabajo, que los

que iban a hacer la instalación, tenían un uniforme que se identificaba como empleados de Telmex S.A., porque el cliente compra los servicios de esta empresa y también tenían un carnet que los identificaba como contratista de Telmex S.A.

De igual forma, indicó que el cliente para recibir los servicios de instalación llamaba a un Call Center donde se hacía la solicitud de los servicios y se registraba la información, que el Call Center también es contratista de Telmex, que el usuario cliente le paga a Telmex con una factura que le genera la compañía, que como elementos para mapping, se usaba una tabla para un formato para llenar, que para hacer el diseño se usaba un software; para la construcción de red se utilizan cables y equipos que se dejaban instalados en la red externa y para configuración de la red para entregar los servicios y para la instalación de los clientes, se requieren cables y equipos que se dejan instalados.

Que las herramientas para mapping y diseño eran del aliado, es decir, el contratista; que, para la construcción de la red, toda la dotación del técnico como herramientas y equipos eran de Mercattel, pero los equipos, cables, fibra óptica, nodos ópticos, eran de Telmex; que, para hacer la instalación al cliente, cómo son los equipos, eran suministrados por Telmex y la dotación la daba Mercattel.

Por último, refirió que cuando había novedades en el servicio, el cliente se comunicaba al Call Center de Telmex que recibía las novedades, se vuelve a generar la orden de trabajo para que el personal técnico valide.

Del análisis de la prueba documental y testimonial estudiada de manera individual y en su conjunto, se logra inferir que, en principio, el verdadero empleador sería TELMEX COLOMBIA S.A., pues en últimas fue quien se benefició de la obra o de los servicios prestados por el demandante, en tanto era a través del cumplimiento de sus funciones que se daba cumplimiento al servicio prestado a los usuarios de aquella; no obstante, esto no fue objeto de censura por las partes.

Por ende, se tiene que quien actuó como verdadero empleador del demandante fue MERCATTEL S.A.S., y como responsable solidario es TELMEX COLOMBIA S.A., (...) por todas las obligaciones impuestas a favor del demandante, en la medida que la labores desarrolladas por la contratista independiente no son extrañas a sus actividades, pues el objeto social de la contratante y la contratista están directamente relacionadas, en tanto Telmex se dedica a la explotación y comercialización del servicio de telecomunicaciones, esto es, televisión, telefonía, entre otros, para lo cual efectúa la contratación con Mercattel, la que se dedica a la comercialización, venta, instalación, soporte y mantenimiento de red de telecomunicaciones, actos que resultan

indispensables y complementarios para que la contratante pueda desarrollar su objeto social, máxime porque las labores desarrolladas por el actor no son extrañas a las actividades normales o del giro ordinario de Telmex Colombia S.A., por lo que se mantendrá este punto de la sentencia incólume.

iii) Indemnizaciones consagradas en los artículos 64 y 65 del CST

Ahora bien, respecto a la indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del CST, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL3278-2022, entre otras, ha señalado que cuando en juicio se estudia la viabilidad de la indemnización por despido injusto, corresponde al trabajador demandante demostrar el hecho del despido y al empleador demandado, que aspire a salir avante ante la declaración y/o condena pretendida por su antiguo trabajador, debe acreditar que éste incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente, que ameriten su despido unilateral por justa causa.

Del debate probatorio se tiene que, el demandante informó que fue despedido sin mediar justa causa, siendo así, al empleador le corresponde demostrar que lo fue con justa causa, de manera concreta de la documental se evidencia tan solo un comunicado visible a folio 8-9, del que se extrae que los servicios dejaron de requerirse el 3 de mayo de 2014, sin que exista tan siquiera una carta sobre la terminación del contrato de trabajo al señor ARIEL MUÑOZ PARRA, por ende, no queda acreditado al plenario que en realidad lo fue por una justa causa, razón suficiente para confirmar en este punto la sentencia apelada.

Respecto a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 ibidem, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, obrar de buena fe equivale a «obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 ag. 2016, rad. 45175)»

A su vez, debe indicarse que la misma no opera de forma automática, en tanto que sus orígenes devienen del incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, por lo que gozan de una naturaleza sancionatoria, y en consecuencia su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como se señaló en

sentencia SL16572 de 2016.

Para mayor claridad, lo anterior significa que la indemnización moratoria se encuentra condicionada a verificar si la conducta desplegada por parte del empleador, estuvo revestida de buena fe o si, por el contrario, su actuar vulneró derechos del trabajador.

Del caudal de pruebas, este tribunal comparte el estudio realizado por la juez de primer grado, pues no existe duda de que al demandante no se le realizó el pago de los emolumentos pretendidos, tanto es que frente al pago al que alude Liberty Seguros S.A., que realizó a favor del demandante, tan solo se aportó una prueba extemporánea, de la cual si bien es cierto no tenía acceso TELMEX S.A., lo cierto es que la aseguradora sí tenía la carga probatoria de demostrar que en efecto se hizo efectivo.

Nótese que al contestar la demanda y el llamamiento en garantía realizado a LIBERTY SEGUROS S.A., tan solo hace referencia a que realizó un pago a favor del demandante, sin que se aportara en su momento prueba alguna de su cancelación, recibo de consignación o algún documento con el que pueda desvirtuarse su pago, para poder exonerarse de la sanción impuesta por la juez de primer grado. Esto tan solo se hizo al momento de celebrarse la audiencia de primera instancia, motivo por el cual la a quo le restó valor probatorio y no la tuvo en cuenta al momento de valorar toda la prueba recaudada.

Así las cosas, se confirmará en este punto la sentencia proferida en primera instancia.

Por último, frente al punto de censura que tiene que ver con que la aseguradora debe responder también por la condena impuesta por indemnizaciones, basta con revisar la póliza de seguro de cumplimiento, de la que es beneficiaria TELMEX S.A., y en la que se plasmó que los conceptos que cubriría serían salarios y prestaciones, por ende, resulta claro que LIBERTY SEGUROS S.A., solo responderá por los rubros asegurados y dentro del límite asegurable, tal como se pactó en el mencionado documento.

Lo anterior es así, pues frente a la carga probatoria, esta Sala reitera que la misma, se encuentra a cargo de la parte que aduce tener el derecho, pues así lo establece el artículo 167 del CGP analizado por analogía del artículo 145 del CPTSS, y de conformidad con la sentencia SL11325 de 2016, en la que señaló:

«De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla,

obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado».

Y, a la luz del principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL802 de 2021, SL858 de 2021, SL512 de 2021, entre otras. Principio que permite a los jueces en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, apreciar de manera libre los diferentes medios de convicción, sin que esa circunstancia, por sí sola, viole derechos de las partes, contrario, lo que el juez busca es la verdad procesal para garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción entre las partes que conforma la Litis.

Al respecto, la alta Corporación se ha pronunciado en este sentido y ha precisado que la libre formación del convencimiento y el principio de la sana crítica, llevan a que el Juez funde su decisión en aquellos elementos que le merecen mayor persuasión, credibilidad o certeza, es decir, con los que finalmente halla la verdad real, esto, siempre que las conclusiones a las que llegue sean razonables, tal y como surgió en el caso estudiado.

Sin más análisis por realizar, se confirmará en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia.

Costas en esta segunda instancia a cargo de TELMEX S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A. y en favor del demandante, como agencias en derecho se fija la suma de medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente, por cada una de ellas.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia 137 del 14 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, conforme a lo expuesto.

Segundo: COSTAS en esta segunda instancia a cargo de TELMEX S.A. y LIBERTY

SEGUROS S.A. y en favor del demandante, como agencias en derecho se fija la suma de medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente, por cada una de ellas.

Tercero: DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial. Se firma por lo que en ella intervinieron.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Magistrado

OK-ORD76001310500820150009602