



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2017 00346 02

Héctor Yesid Nonsóque Fuya vs. Bavaria S.A., y otro.

Bogotá D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 20220, resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la demandada **Bavaria S.A** contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, el 15 de marzo de 2023, así como el grado jurisdiccional de consulta, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Héctor Yesid Nonsóque Fuya, mediante apoderado judicial, promovió proceso ordinario laboral contra **Bavaria S.A.**, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 1º de noviembre de 2009, en consecuencia, solicita que se condene a la demandada al pago de salarios dejados de percibir de los 3 últimos años «*contados a partir del momento que se impetró la presente demanda*» acorde con lo establecido en la convención o pacto colectivo de trabajo, junto con el auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, prima de servicios, «*todos los beneficios extralegales*» consagrados en el acuerdo convencional o pacto colectivo de trabajo y costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que entre los objetos sociales de Bavaria S.A., se encuentra la fabricación de cervezas, la producción, y transformación de bebidas alimenticias; aduce que se vinculó a la pasiva «*a través de varias empresas intermediaria*», en el cargo de montacarguista o



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

autoelevador *-cargo permanente en la empresa-*, recibiendo como salario la suma de \$1.200.000 mensuales, más auxilios de alimentación y de transporte que al mes ascienden a \$172.000 cada uno; expresa que por orden de Bavaria suscribió contrato de trabajo con Apoyo Logístico S.A.S., luego con Veloser, después con Su Temporal, y, finalmente con Agencia de servicios Logísticos S.A. y que la sociedad Cervecería Leona S.A. fue absorbida por Bavaria S.A. en el año 2007.

Sostuvo que recibía órdenes diarias de los jefes empleados de Bavaria realizando las mismas funciones, cumplía el horario de trabajo publicado en las instalaciones de Bavaria S.A.; entidad que lo capacita; afirma que los montacargas son de propiedad de ésta, tienen su logotipo; y que se adhirió al pacto colectivo existente de Bavaria S.A.; añade que en esa empresa se encuentran vigentes tanto la convención como el pacto colectivo y en dichos textos se estableció el salario del montacarguista o auto elevador superior al recibido; manifiesta que en el municipio de Zipaquirá se encuentra ubicada la organización sindical ASMONTACARCOL, a la cual están afiliados trabajadores directos de Bavaria.

Manifiesta que su remuneración mensual la percibe a través de Agencia de Servicios Logísticos ASL, sin que le pagaran beneficios extralegales, como tampoco ha recibido el reajuste de sus cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones y prima de servicios.

La demanda fue admitida el 3 de agosto de 2017.

2. Contestación de la demanda. Dentro del término de traslado, el apoderado judicial de Bavaria S.A., dio respuesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al considerar que el demandante nunca ha sido su trabajador, que el cargo de montacarguista o auto elevador no existe en la empresa, agrega que Bavaria celebró con ASL un contrato de prestación de servicios de operación logística, que esta última sociedad a su vez vinculó personal para ejecutar dicho contrato civil, siendo que ASL ostenta la calidad de contratista independiente. Razona que, no obstante haberse realizado una confesión por parte del demandante en el entendido que él fue o es trabajador de la empresa Veloser S.A.S., Su Temporal, y ASL, ahora pretenda que se declare la existencia de la relación laboral con Bavaria, la que no existió, por lo que debe absolverse de todas



y cada una de las pretensiones de la demanda a Bavaria S.A. y se condene en costas al demandante.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del contrato de trabajo.

3. Integración de la Litis: En audiencia llevada a cabo el 11 de febrero de 2020, se integró el contradictorio con Agencia de Servicios Logísticos S.A.S., Su Temporal y Veloser S.A.S.

3.1. La Agencia de Servicios Logísticos S.A.S., al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones, bajo el argumento que el demandante está desconociendo a su real empleador con quien celebró contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de abril de 2015 hasta el 26 de diciembre de 2019, que al suscribir ese contrato el actor tenía claro que su empleador era ASL S.A., por lo que no se estaba vinculando a ninguna empresa intermediaria, dice que es una sociedad legalmente constituida, cuyo objeto principal es el de prestar servicios de operación logística de productos nacionales o extranjeros importados, elaborados y/o comercializados por empresas nacionales y/o extranjeras registradas legalmente en Colombia; para el cumplimiento de su objeto social ha celebrado contratos comerciales con diferentes empresas, entre ellas Bavaria S.A. –contrato CT-2017-94-; no desempeña funciones propias de la industria, ya que estas corresponden a las de un operador logístico.

Mencionó que actúa como contratista independiente, con autonomía financiera y administrativa; no tiene sindicatos adscritos a su nombre; que al demandante en su liquidación se le canceló la correspondiente indemnización por despido sin justa causa; que ASL ejercía la facultad disciplinaria en relación con el demandante y como prueba de ello adjunta una diligencia de descargos en la que intervino el accionante. Agrega que ASL publicaba los turnos, daba permisos, efectuaba los cambios de turnos.

Propuso como excepción de fondo la denominada falta de legitimación en la causa por pasiva.



3.2. Por su parte Veloser y Su Temporal a pesar de encontrarse debidamente notificadas, no contestaron la demanda, y así fue declarado por la jueza de instancia.

4. Sentencia de primera instancia.

La Jueza Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, en sentencia proferida el 15 de marzo de 2023, declaró la existencia del contrato de trabajo del demandante con Bavaria S.A., entre el 25 de mayo de 2015 y el 20 de diciembre de 2019, la absolvió de las demás pretensiones, y a las vinculadas Agencia de Servicios Logísticos S.A., Veloser y Su Temporal, de todas y cada una de las súplicas. Y condenó a la demandada Bavaria en costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de 1SMLMV.

5. Recurso de apelación de la demandada Bavaria S.A. Inconforme con la sentencia, el apoderado de la accionada presentó recurso parcial de apelación, el cual sustentó con los siguientes argumentos: *“(…) Me permito interponer recurso de apelación en todo lo desfavorable a los intereses de mi representada, y que tiene que ver como el despacho lo acaba de indicar en que sí se acreditó la prestación de servicio o el contrato realidad del demandante con mi prohijada desde el 25 de mayo de 2015 al 20 de diciembre del año 2019. Para sustentar el recurso debo manifestar el despacho, pues, que respetuosamente, estimo que se equivoca el despacho, en primer lugar, porque la valoración de la prueba testimonial, es una valoración que estimo equivocada en la medida en que los testigos del año 2015 al 2019, no explicaron presuntamente cuál fue el, digamos los elementos a través de cuál presuntamente mi acudida subordinaba al demandante; en segundo lugar ya que eran personas que ni siquiera trabajaban con el demandante en las mismas áreas, o más que trabajaban, es que ni siquiera coincidieron, mejor, en que el demandante estaba con ellos en las mismas áreas, y hay una, digamos que una situación adicional, y es que el despacho pues obviamente, aunque estima que la Agencia de Servicios Logísticos fue un intermediario, un simple intermediario, la verdad es que los documentos y las probanzas que obran en el plenario acreditan una cosa distinta; acreditan que evidentemente el demandante sí estaba subordinado, a la Agencia de Servicios Logísticos, tan cierto es que incluso el demandante acudió a diligencia de descargos, confesó quién era su propio jefe ahí, una persona que no tiene nada que ver con Bavaria, porque en el expediente no está demostrado que el señor que firmó el acta de descargos con el demandante hubiera sido de esos “ingenieros” que presuntamente le daban órdenes al actor. Adicionalmente, el demandante no pudo desconocer, y el despacho, en mi opinión, se equivoca porque no analizó que el demandante no puede desconocer, por ejemplo, que él era y que le solicitaba las vacaciones directamente a la Agencia de Servicios Logísticos, no solamente el tema de solicitarle las vacaciones, sino que obran en el plenario los desprendibles de pago de salario del demandante, obra en el plenario, los aportes al sistema de seguridad social integral del demandante; y evidentemente para el periodo en que el juzgado estima que el demandante laboró para mi representada la verdad es que no hay un solo indicio del presunto contrato realidad, los testigos reitero, son testigos que en realidad no coincidieron con el demandante, incluso creo que ellos estuvieron hasta determinada fecha en la*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

planta de Tocancipá porque los tres demandaron a mi representada precisamente por el contrato realidad, diciendo entre otras cosas ellos, y eso no solamente lo digo por este proceso, sino porque eso es de público conocimiento en estos procesos, que esos testigos que demandaron estuvieron por fuera de la compañía, y bueno, aunque a ellos les dio la razón a la justicia laboral ordinaria, en cuanto al contrato realidad, precisamente para este periodo en que el juzgado dice que sí hubo subordinación o dependencia, ellos no estuvieron ahí, no les consta entonces, respetuosamente estimó que el juzgado no podía tomar una decisión en ese sentido ante una prueba testimonial que, como el mismo despacho, lo reconoce en principio no fue precisa en relación con las fechas y aunque ellos dicen que le daban órdenes y que le daban instrucciones, yo por eso lo pregunté, al momento de indagar a los testigos, porque como ellos siempre hablan de Didier Mora, de Álvaro Escobar y demás; pues nos contaran en qué fechas, incluso coincidieron ellos en los turnos y los testigos, ha, decir verdad no coincidieron con el demandante en los presuntos turnos ni en nada que se le parezca. En principio manifiesto mis reparos a la sentencia porque no existe, de verdad, en mi opinión, un elemento probatorio que acredite esa presunta subordinación o dependencia del demandante con mi representada, que prestó servicios para la Agencia de servicios Logísticos, pues claro, una empresa, que adicionalmente de la cual la parte actora nunca ha desconocido el contrato de operación logística, una empresa de la cual incluso se presentaron como pruebas, si no fueron tachadas ni desconocidas tampoco, las pólizas que le presentó a mi representada en su momento; por supuesto, la representante legal dijo que le daban en comodato Agencia de Servicios Logísticos, una parte de la empresa y también se le daba en comodato el tema de las montacargas, pero pues es que los comodatos, como los contratos son acuerdos de voluntades, y la exigencia, dice el juzgado que es que no, la empresa Agencia de Servicios Logísticos no tenía una herramienta propiamente dicha, que fuera de ellos, pero es que yo puedo llegar como operador logístico, la ley me permite que compre yo directamente la maquinaria o que realice un contrato de arrendamiento o que realice un contrato de comodato, la ley no prohíbe ninguna de las figuras jurídicas y en esa medida me parece que el despacho se equivoca porque la ley en manera alguna prohíbe ningún acuerdo de voluntades, y como quiera que el juzgado le da la razón al suscrito apoderado en cuanto a que del 24 de mayo hacia atrás, no porque lo diga expresamente, sino porque es una deducción del 24 de mayo de 2015 hacia atrás no se demostró la existencia de un contrato de trabajo, no tendría por qué ahora aparecer que sí quedó acreditado un contrato de trabajo desde el 25 de mayo 2015 al 20 de diciembre de 2019, tampoco quedó acreditado, y lo digo también que el despacho se equivoca porque no quedó acreditado el presunto control que presumen, que dice el juzgado que tenía Bavaria sobre ASL, Bavaria no tenía ningún control sobre el tema de la operación logística, aquí no está acreditado, es decir, no hay documentos que así lo prueben no hay una probanza que así demuestre que es que Bavaria tenía el control absoluto de la operación logística, porque eso no es cierto, lo que pasa es que obviamente si se hizo un acuerdo de voluntades para que a través de un comodato se le permitiera al operador logístico desarrollar el objeto del contrato de operación logística en una parte de la empresa, pero pues es que no tiene sentido entonces que para que se estime que hay una tercerización en debida forma, que la Agencia de Servicios Logísticos hubiera prestado de pronto sus servicios o desarrollado el contrato, quién sabe a cuántos kilómetros, porque entre otras cosas lo que yo como operador logístico, hago es obviamente, determinar o prestar un servicio o decirle a la persona que me contrate jurídicamente, la persona jurídica, demostrarle que yo sí soy capaz de hacer un desarrollo de una operación logística con total autonomía administrativa y financiera; es que no hay un pacto que diga o que Bavaria lo tenía condicionado, subordinado, nada, pero, pero si hubo, por ejemplo, informes en caso de que haya habido informes, pues evidentemente los informes son válidos entre un contratista y un contratante, pues porque necesariamente yo, como contratante, yo soy el que pago, y si soy el que pagó, pues evidentemente la ley me ampara para que yo pida un informe, una información de cómo va el desarrollo del contrato; es que cuando se pagan esas facturas, la factura no se paga automáticamente a los 30 días o a los días que se haya pactado en un contrato de operación logística, sino que tiene que haber un soporte del desarrollo de unas actividades de las obligaciones de un contratista que las haya cumplido para que evidentemente se cause los honorarios o el rubro como se le denomine, pero fíjese que y lo digo con todo respeto, obviamente, que en este caso puntual,



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

el demandante recibía órdenes única y exclusivamente de las personas de ASL; como que si se acuerda el demandante y los testigos de los nombres de los ingenieros, pero resulta que cuando el demandante confiesa en un acta de descargos el nombre de su jefe inmediato, ahí sí no tenía ni la más mínima idea, no se acordó del señor, quién era, “cómo que yo dije eso,” creo que lo dijo así o por lo menos lo tomamos por sorpresa, porque esto lo que se busca es la verdad de lo que ha ocurrido, y resulta que no el demandante insólitamente solamente se acuerda de un nombre de unas personas, pero resulta que lo de que él sí dejó registro, además lo dejó espontáneamente, de quién era su jefe inmediato y de las personas ante las que él acudía a pedir que le concedan las vacaciones, entonces resulta que nunca los oyó nombrar, cuando él mismo le dirigía las cartas a ellos, creo señoría, y pues lo digo a los honorables magistrados cuando desaten este recurso, que en este caso puntual no está demostrado lo que en principio establece el legislador para poder dar aplicabilidad al contrato realidad, y es que el demandante haya prestado servicios para Bavaria, a que los prestó allá adentro producto del desarrollo un contrato de operación logística no significa per sé que sea un contrato o una prestación de servicios directamente para Bavaria, que es lo que pide el legislador para que se declare la existencia del contrato realidad, así como lo dio por establecido el juzgado, que el demandante incluso prestó servicios para unas empresas de servicios temporales, fíjese que esas empresas de servicios temporales y demás, de acuerdo con lo que dice el desarrolló la demanda, incluso el fallo, claro, ellos también habían convenido con Bavaria la prestación de unos servicios, pero resulta que el demandante lo que hizo fue prestar servicios para la Agencia de Servicios Logísticos como un operador común y corriente completamente natural; no hay en realidades que se veo una prueba donde se diga sí es que el demandante estuvo esos 3 años o de esos 4 años directamente en las instalaciones de Bavaria, pues diría uno bueno, pues si es que de todas maneras la prestación del servicio siempre falla, no hay una prueba que acredite eso, independientemente, repito, aunque no lo acepto, se diga que es que Bavaria tenía el control de la operación logística porque eso no es así; entonces dejo sustentado mi recurso también llamando la atención de que además de las probanzas documentales que deben ser analizadas, el interrogatorio de parte del demandante, quien no pudo desconocer y, por el contrario, desvirtuó los dichos de los testigos, en relación con que, presuntamente, el actor estaba subordinado a un representante de mi acudida, que si bien la representante legal de la empresa no desconoció que ellos habían sido trabajadores de la empresa, jamás hay un una prueba que diga que evidentemente ellos le dieron órdenes o le dieron instrucciones al actor este señor Didier Mora y Álvaro Escobar, porque es que incluso los propios testigos como yo lo dije en mis alegaciones, para estructurar el beneficio en su dicho, para el demandante empezaron a decir que el demandante había trabajado desde antes del año 2007, cuando en la propia demanda se confiesa se endilga una prestación desde el año 2009, entonces yo creo que desde allí hay que, arrancar por analizar la conducta de los testigos en el sentido de que los testigos no tuvieron conocimiento y no les consta que el demandante a haya laborado para mi representada, haya prestado servicios al interior de la empresa, o que o que hubiera estado subordinado por alguno de los ingenieros de Bavaria...”.

6. Como la sentencia de primera instancia fue adversa al trabajador respecto de las pretensiones de condena, dado que solamente se declaró la existencia del contrato de trabajo, en los términos reseñados, también se estudiará el presente asunto en grado jurisdiccional de consulta, conforme con el artículo 69 ibidem y las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, STL-2560, radicado 88077 de 20 de febrero de 2020, radicado 39071 de 10 de julio de 2012, radicado 27846 de 31 de enero de 2012, entre otras.



7. Alegatos de conclusión. Dentro del término de traslado, solo Bavaria S.A. presentó alegatos de conclusión, reiterando básicamente los argumentos expuestos en su medio de impugnación, esto es, que no existe ninguna prueba con la que se acredite la presunta subordinación ejercida por Bavaria en relación con el demandante durante el periodo comprendido del 25 de mayo de 2015 al 20 de diciembre de 2019.

8. Problema (s) jurídico (s) a resolver. Con sujeción al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la Sala establecer si entre el demandante y Bavaria S.A., existió un contrato de trabajo dentro de los extremos que definió la *a quo.*, o si por el contrario como lo opone la pasiva no existió tal vínculo laboral, dependiendo de lo que resulte se analizará lo relativo a las pretensiones de condena pedidas en la demanda.

9. Resolución al (los) problema (s) jurídico (s).

De antemano, la sala anuncia que la sentencia apelada será **confirmada**.

10. Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es). Arts. 22, 23, 24 CST., 61 CPTYSS, 164, 166, 167 y 221 CGP.

Consideraciones

El CST, en su artículo 22, define el contrato de trabajo, en el 23, determina los elementos esenciales del mismo –*actividad personal, continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, un salario como retribución del servicio-*, y en el 24, reformado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990 una presunción legal al consagrar “...Se presume que toda **relación de trabajo personal** está regida por un contrato de trabajo...”.

La jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que, para que se active la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, a la parte demandante solo le basta con acreditar que prestó servicios personales para otra persona natural o jurídica, por lo que, una vez demostrado ese elemento, corresponde a la parte demandada desvirtuar esa presunción mediante la prueba de los hechos contrarios,



es decir, de la acreditación de que ese servicio no se prestó bajo subordinación y dependencia, sino de manera autónoma e independiente, o en beneficio de otra persona (CSJ SL2879-2019).

En este punto, hay que señalar que la palabra **presumir** significa tener por demostrado un hecho hasta que no se acredite lo contrario tal como se desprende de la lectura del artículo 166 del CGP, aplicable a los procedimientos laborales por virtud del artículo 145 del CPT y de la SS. Por su parte, el vocablo **desvirtuar** implica que se acrediten los hechos contrarios que sirvieron de base a la presunción aplicada, es decir, en el caso de la presunción del contrato de trabajo, que la parte demandada elimine el hecho base.

Lo dicho impone entonces concluir que, una vez demostrado el elemento de la prestación personal del servicio por parte del demandante, no le corresponde al juez emprender la búsqueda de la prueba de la subordinación, sino, por el contrario, verificar si se acreditó, entre otros aspectos, la autonomía e independencia del trabajador, o su sujeción al poder subordinante de otra persona natural o jurídica

En este asunto, el análisis se centrará en establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo en los extremos temporales declarados en primera instancia del 25 de mayo de 2015 al 20 de diciembre de 2019, o si por el contrario, no se presentó la relación laboral alegada entre el demandante y Bavaria durante ese interregno, como lo considera la parte apelante, recordando que el actor no formuló apelación contra la providencia de primer grado y esta Sala la revisará en consulta, en cuanto no se accedió a ninguna de las pretensiones de condena anheladas.

Bajo ese contexto, se tiene que el apelante repara que la juzgadora de instancia para encontrar acreditada la prestación personal del servicio del demandante a favor de la empresa Bavaria S.A., hubiere dado credibilidad a las declaraciones rendidas por los testigos, porque en su sentir, no fueron conclusivos para establecer la mentada prestación de servicios que le incumbía al accionante probar.

Así las cosas, el análisis de cara a las pruebas recaudadas se centrará en verificar la forma como se desarrolló la vinculación contractual entre las partes durante el periodo señalado, con miras a establecer la acreditación de la prestación personal



de los servicios personales del demandante en beneficio de la pasiva y con ello eventualmente concluir si hubo o no una indebida intermediación de parte de la sociedad ASL.

En el caso bajo estudio se recibieron las declaraciones de terceros y los interrogatorios de las partes.

El deponente Laureano Vija Ciendúa, manifestó que estuvo con el demandante en la misma línea de producción desde noviembre de 2011 hasta julio de 2018, que compartieron las mismas labores por el lapso de un año -montacarguista-, indicó que tanto el demandante como él, recibían órdenes de Hugo Peláez, Didier Mora y Avaro Escobar, que los horarios de trabajo se publicaban en las instalaciones de Bavaria, que se reunían con el jefe de Bavaria y les indicaba las labores que debían realizar, señaló que ASL era una intermediaria, que las herramientas eran de Bavaria, que lo “vio” ejerciendo labores de auto elevador desde el 2011 hasta el 2018 dentro de las instalaciones de la planta de Tocancipá, y que le constaba que había dejado de trabajar en el 2019 lo que le consta porque el testigo prestó sus servicios para Bavaria hasta el 2020.

El testigo Gustavo Castillo Infante, nada le pudo constar de lo sucedido durante los años 2015 al 2018, cuando se aduce que el actor trabajaba para Bavaria, por la sencilla razón que aceptó que durante ese interregno no trabajó para Bavaria, y el testigo regresó en el 2018, dijo -testigo- que inicialmente “lo vio” -demandante- realizando labores de estibador desde el 2007, que se enteró que desde el 2015 en adelante ejerció el cargo de auto elevador, por ende como no laboró durante el periodo declarado este testimonio es irrelevante para los fines perseguidos.

El declarante William Guzmán Garavito Torres expresó que desde el 2007 compartió labores con el demandante en el cargo de auxiliar de depósito, y que en el año 2009 el testigo y el demandante no ejercían el mismo cargo, pero estaban en la misma área, ya que él -testigo- se desempeñaba como despachador, mientras que el actor era montacarguista, que lo vio hasta el 2019, señalando que en la actualidad aun trabaja en Bavaria. Refiere que Hugo Peláez era el ingeniero de distribución y el encargado de cargue y descargue, líneas de producción, envase,



empleado de Bavaria; las herramientas (montacarga o auto elevador) eran de propiedad de Bavaria.

El demandante en su interrogatorio relató que ingresó a laborar para Bavaria en 2007, dijo que ejerció el cargo de estibador y que desde 2009 a 2019 estuvo en el cargo de auto elevador, es decir, con su dicho lo que hizo fue ratificar lo expresado en la demanda, pero recuérdese que aquí se analiza es lo sucedido entre el 2015 y el 2019, es decir, si en ese interregno se presentó la relación laboral con la pasiva, dado que frente a la declaratoria del contrato en los extremo fijados en primera instancia estuvo de acuerdo, pues no formuló recurso de apelación y como se indicó al inicio de esta providencia se revisa en consulta la absolución frente a las pretensiones de condena.

Y Finalmente del interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada se verifica que no reconoció al demandante como su trabajador, de tal manera que no se logró confesión de su parte.

En efecto, escuchados los testimonios reseñados, a pesar de lo genérico que resultaron sus dichos, de lo que si se tiene certeza es que los tres declarantes fueron o son trabajadores de Bavaria S.A. y compañeros de trabajo del demandante, quienes aseguraron que el actor se desempeñó en el cargo de montacarguista o auto elevador, por lo menos desde el año 2015 al año 2019, como lo relataron los deponentes Laureano Vija Ciendúa y William Guzmán Garavito Torres.

En cuanto a la valoración de las testimoniales recibidas, la Sala considera que para tener la certeza del conocimiento de los hechos que exponga un declarante no es necesario que durante todo el tiempo en que se reclama la existencia del nexo contractual, el deponente deba permanecer cerca, acompañado o realizando la misma actividad de quien solicita tal declaratoria de la relación laboral, sino que lo que interesa es que de razón de la ciencia de su dicho, las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que obtuvo el conocimiento expuesto; y fue precisamente lo que manifestaron los mencionados testigos, se reitera, ellos observaron y evidenciaron directamente la forma en que el actor desarrolló su labor y lo que sucedía a su alrededor, como lo expusieron en sus testimonios, se trata de personas que laboran o laboraron en la entidad demandada, de tal suerte que de manera



directa presenciaron la mentada prestación del servicio del actor, sin que se advirtiera alguna circunstancia particular que evidenciara parcialidad o falta de espontaneidad en sus versiones.

Y si bien el declarante William Guzmán Garavito Torres habla de unas labores desarrolladas por el demandante en el año 2007, hay que entender que estas se refieren a las de auxiliar de depósito, diferentes al cargo que se solicita se declare en el presente proceso -montacarguista o auto elevador-.

Ahora, la circunstancia de que a su vez los testigos Laureano Vija Ciendúa, Gustavo Castillo Infante y William Guzmán Garavito Torres, hubiesen interpuesto demandas contra Bavaria, no es una razón suficiente y admisible para considerar, como lo hace el apelante, que en ellos se encuentre parcialidad y falta de objetividad en su declaraciones; al respecto la jurisprudencia ordinaria laboral tiene definido que no por el solo hecho de que una persona hubiera promovido un proceso judicial en contra de otra -natural o jurídica- necesariamente deba desestimarse su versión (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 41198).

Esto, es así porque si el declarante estuvo presente cuando sucedieron los hechos, o fue cercano a estos, y da noticia de ellos, su versión puede ser relevante e ilustrativa a fin de establecer la verdad real de lo acontecido; además, en un proceso laboral, es habitual que quienes rinden testimonio sean las personas que conviven en la empresa, y que entre sí tienen tratos de diferente índole, por ejemplo, jerárquicos, de amistad, o al menos de compañerismo, dado que adquieren un conocimiento directo de los hechos (CSJ SL, 30 sep. 2004, rad. 22842); por tanto, se considera que la falladora de instancia no incurrió en un dislate valorativo al dar mérito probatorio a esas declaraciones, ya que, analizadas en su conjunto con los demás medios de prueba, se logró determinar que el demandante sí laboraba al servicio de Bavaria S.A., en sus propias instalaciones, con sus herramientas de labor, cumplía el horario señalado en la cartelera, y como lo expusieron los testigos recibía ordenes de personal de planta de la pasiva.

De lo que se colige que, con la referida prueba testimonial, el demandante logró acreditar la prestación del servicio en las instalaciones de la empresa demandada, ejecutando labores relacionadas estrechamente con el objeto social y actividad



económica principal de Bavaria S.A., al tratarse de una actividad conexas y complementaria a la labor de fabricación de cervezas y otras clases de bebidas, así como a la adquisición, enajenación, comercialización, distribución, exportación y almacenamiento de sus productos; ya que como montacarguista, el accionante participaba activamente en las líneas de producción, bajo la dirección e iniciativa de personal adscrito a la entidad demandada; circunstancias que sin duda dan cabida a la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST, para tener por acreditado el contrato de trabajo.

Ello es así, porque la sociedad demandada no logró desvirtuar dicha presunción legal de la existencia del contrato de trabajo, dado que, pese a la aportación de la prueba documental que da cuenta que quien le pagaba la nómina al actor era ASL, la existencia del contrato de operación logística, de comodato precario de bodegas, celebrado entre Bavaria y ASL, el contrato pre (26 de marzo de 2015), contrato individual de trabajo suscrito entre el demandante y ASL (1º de julio de 2015) junto con el Otrosí (15 de julio de 2015), verificación de inducción realizada al demandante por parte de ASL (12 de febrero de 2016), formato de permisos autorizados por ASL en favor del demandante, diligencia de descargos efectuada por ASL en la cual se vinculó al demandante (6 de junio de 2019), formatos de solicitud de vacaciones de (22 de abril de 2016, 3 de mayo de 2019, 14 de junio de 2019) pedidas a ASL por el demandante, junto con las respectivas aceptaciones por parte de ASL (30 abril de 2016, 10 de mayo de 2019, 17 de junio de 2019), la terminación del contrato del demandante con justa causa por parte de ASL, los recibos por concepto de pago de mantenimiento y alquiler de las montacargas a cargo de ASL (2018), (Véase PDF 01).

Tales probanzas no son de la suficiente entidad para enervar el convencimiento que emerge de lo relatado por los testigos referenciados, bajo la primacía de la realidad sobre las formas, e incluso del mismo contrato de operación logística, que llevan a tener como verdadero empleador del libelista a Bavaria S.A., dado que permiten evidenciar situaciones tales como la forma en que se desarrolló la relación, esto es, que quien le impartía órdenes al gestor fue el personal vinculado directamente con ella, que los medios de trabajo y los locales eran de propiedad de la pasiva, así como que las actividades ejecutadas por el petente son inherentes a su objeto social y estaban ligadas con su actividad económica principal y, era quien se beneficiaba



de los servicios prestados por el actor; aspectos que surgen con mayor fortaleza para definirla como su real empleadora.

Y es que, como lo ha considerado la Sala en múltiples oportunidades, si bien el artículo 333 de la Constitución Política consagra que son libres la actividad económica y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, por lo que bien puede contratarse con terceros la realización de actividades para el cumplimiento de su objeto social, lo cierto es que cuando se acredita una intromisión del contratista en la autonomía del desarrollo del contrato, es válido tener al usuario del servicio como empleador, y no directamente a quien formalmente lo es, también se ha sostenido que la tercerización se convierte en intermediación cuando se presentan las siguientes situaciones, que quedaron acreditadas en este asunto:

- a)** Cuando el cliente es dueño de los medios de producción (maquinarias e instalaciones);
- b)** Cuando el cliente ejerce mando y da órdenes sobre los trabajadores de la empresa que hace la tercerización;
- c)** Cuando el cliente determina a qué trabajador en particular se contrata, o se desvincula «*siendo “presuntamente” empleados del tercero especializado*»; y
- d)** Cuando la labor requerida está ligada al desarrollo del objeto social.

La jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que, a pesar de que la descentralización productiva y la tercerización, entendidas estas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico laboral que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico a fin de ser más competitivas.

Pero estas no pueden ser utilizadas «*con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades*», en razón a que «*debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial*», y que cuando la descentralización no se realiza con tales propósitos



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

organizacionales y técnicos, sino para evitar la contratación directa mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y aparato productivo especializado, «estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal» (CSJ SL467-2019).

La Corte, en dicho pronunciamiento, también sostuvo que *«aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitida en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal»*.

Por lo tanto, lo advertido en este caso, fue que la contratación del demandante a través de la empresa ASL SAS, no tuvo otra intención que alejarlo del núcleo empresarial de Bavaria S.A., para evitar su contratación directa, por lo que esa actuación bien puede encuadrarse en los artículos 32 y 35 del CST, que prevén:

“(…) ARTICULO 32. REPRESENTANTES DEL {EMPLEADOR}. Son representantes del {empleador} y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas: (...) b) Los intermediarios».

«ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO. 1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}. 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. 3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas...”.

La Corporación, ha considerado que esa disposición contiene varios ingredientes normativos que vale la pena subrayar comoquiera que se expresan de manera patente en el *sub lite*, como son la utilización de locales, equipos y herramientas de Bavaria S.A., los servicios brindados fueron para su beneficio y las actividades



desarrolladas por el demandante están en conexión con las labores ordinarias de dicha demandada.

En este punto, se trae a colación lo que ha considerado la jurisprudencia ordinaria laboral sobre la indebida tercerización que desencadena en una intermediación irregular, que impone que la empresa beneficiaria del servicio sea catalogada como la verdadera empleadora.

*“(...) como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios: “a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador. “b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario “representante” del empleador. “La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del CST y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). **Empero, si a pesar de la apariencia formal de un “contratista”, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.** “Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces,*



será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas» (CSJ SL, 27 oct. 1999, rad. 12187 y SL868-2013).

Para esta Sala, la presunta libertad, especialidad y autonomía que supuestamente tenía el operador logístico ASL SAS, no quedó determinada, ni definida claramente en este proceso; ya que la injerencia de Bavaria S.A. en la estructura del operador logístico puede deducirse del contenido del mismo contrato de operación logística, en donde se establecen cláusulas que ponen en entredicho la supuesta autonomía e independencia de ASL, en especial, cuando se plantea que debía cumplir los indicadores de productividad, financieros, de calidad y tiempo con los parámetros establecidos por Bavaria S.A., que Bavaria S.A. a través de un supervisor o coordinador debe colaborar con el operador para el mejor éxito del servicio contratado, o que podía exigir el cabal cumplimiento del contrato y de sus especificaciones, o que estaba habilitado para practicar la inspección de la operación y celebrar reuniones diarias para verificar los despachos de productos y empaques efectuados por los distribuidores, u ordenar que se repitieran o mejoraran los servicios defectuosos, o exigir la adopción de medidas de seguridad, tal y como se verifica al analizar la cláusula 18 del mentado contrato, en donde se estipula la interventoría ejercida por Bavaria (véase pág. 319 PDF 01).

Sumado a ello, ASL debía cumplir directamente las obligaciones contraídas con Bavaria, y no podía ceder el contrato sin su autorización, tal como se menciona en la cláusula 24 (véase pág. 321ib.); de igual forma en las causales de terminación del contrato entre ASL y Bavaria, se estableció que este finalizaba por la omisión de ASL de acatar las recomendaciones técnicas, especificaciones de calidad y en general de gestión inherentes al contrato, también sí ASL cediera o transfiriera el contrato sin el consentimiento previo de Bavaria, clausula 32 (pág. 325 ib.); y para finalizar el pluricitado contrato de operación logística, Bavaria presentaba primero una reclamación formal para que teniendo en cuenta la gravedad de la falla, ASL procediera a subsanarla en un tiempo razonable, y si no se cumplía, pues ahí si se culminaba el contrato civil clausula 33 (pág. 326 ib.), lo que en el argot de las relaciones del derecho laboral se puede asemejar a una diligencia de descargos.



Dando alcance a lo que antecede, lo que se colige es que realmente ASL, actuó como su intermediaria o representante del verdadero empleador, lo que lejos está de considerarla como contratista independiente.

También obra el contrato de arrendamiento de montacargas y servicio completo de mantenimiento No. CTF15-000175 celebrado entre ASL y Distribuidora Toyota (págs. 345 a 352 ib.), el cual refuerza que ASL no contaba con herramientas e, incluso, aparece Bavaria S.A. como «fiadora».

Además, no puede pasarse por alto que las instrucciones, órdenes y verificación del cumplimiento de los turnos de trabajo eran impartidas por el personal de Bavaria SA., es decir, quedó evidenciado que la entidad demandada intervenía en la ejecución de las labores del actor y, por ende, ASL no podría ser catalogada, se insiste, como un contratista independiente en los precisos términos del artículo 34 del mismo estatuto sustantivo laboral, según el cual está caracterizado por ser *«personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva»*.

Ahora, la única prueba en contra de la anterior aseveración y de lo dicho por los testigos, fue lo declarado por la representante legal de esta demandada, quien expresó la inexistencia de la relación laboral debe recordarse que está prohibido a las partes fabricar sus propias pruebas para su beneficio, de tal manera que lo relatado en su interrogatorio no tiene la fuerza probatoria suficiente para derruir la tesis del Tribunal.

Por otra parte, se precisa que si bien existen constancias de que el actor fue contratado por el operador logístico, que era quien le pagaba su remuneración y liquidaciones, así como los aportes a la seguridad social, tales circunstancias, como se dijo en precedencia, no son suficientes para tenerla como su verdadera empleadora, por cuanto en realidad los servicios se prestaban para Bavaria, en sus instalaciones y con sus equipos, empresa esta que tercerizó algunas actividades propias de su objeto social, sin que esa tercerización cumpla con los parámetros legales y jurisprudenciales, analizados y por ende quedó establecido que se está ante un típico caso de intermediación, que impone tenerla como verdadera empleadora.



Lo expuesto, lleva a concluir, como lo consideró la jueza de instancia, que Bavaria SA., como empresa beneficiaria es la real empleadora del demandante porque efectivamente ejercía el poder de dirección sobre su trabajo, se beneficiaba de su labor y, por ende, no podía hablarse de tercerización porque la empresa suministradora no tenía intervención sino en el pago de emolumentos laborales y con su apariencia solo pretendía cubrir necesidades permanentes del objeto social de Bavaria SA., como representante suya, al tenor de los referidos artículos 32 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que esté demostrada una razón objetiva técnica y productiva que justifique tal proceder. Además, a modo de insistencia, el demandante cumplía sus funciones dentro de sus instalaciones, con sus equipos y herramientas de trabajo, lo que refuerza aún más que su empleador fue Bavaria.

En este punto, la Sala enfatiza una vez más que, no es que se niegue la posibilidad de que las empresas contraten con terceros la realización de algunas actividades especializadas, e incluso que, las mismas se ejecuten en las instalaciones del contratante, pero tampoco se trata, como antes se dijo, de una potestad absoluta e ilimitada, y en el presente asunto se observa que la conducta de la demandada no encaja en esa hipótesis.

Ahora, en grado jurisdiccional de consulta, revisada la sentencia, que declaró únicamente la existencia del contrato de trabajo, considera la Sala que obró bien la juzgadora de instancia al absolver a la pasiva de las pretensiones de condena, toda vez que el demandante no acreditó que se le hubiese dejado de pagar alguna suma, obsérvese como en su interrogatorio de parte aceptó que a la finalización del contrato de trabajo Agencia de Servicios Logísticos S.A. “ASL S.A” “... *por medio del intermediario me hicieron el pago de salario, que se vacaciones, no sé como tal, pero no digamos como tal de acorde al salario que estaba devengando como tal un operario auto elevador en su momento...*” es decir que lo único que no se le pagó en debida forma, a su parecer, fue el salario que correspondía al salario de “auto elevador.”

Además, examinados los pedimentos, los mismos se encaminaban al reconocimiento del salario que alegó el actor estaba pactado en la convención colectiva para el cargo de “*auto elevador*” y los demás beneficios extralegales establecidos en la misma; así las cosas, lo primero por establecer es que el demandante según lo que informa en su demanda estaba afiliado a



ASMONTACARCOL, sindicato con el cual Bavaria no ha suscrito ninguna convención colectiva, porque incluso mediante Resolución 001190 del 16 de mayo de 2016, el Ministerio de Trabajo exoneró a Bavaria de iniciar proceso de negociación colectiva con dicha organización sindical (PDF 01), por lo tanto cualquier pedimento en ese sentido se cae por su propio peso, sumado en todo caso, al hecho de que no se acreditó la afiliación al mentado sindicato.

Y si bien al plenario se allegó la convención colectiva suscrita entre Bavaria y Sinaltraceba (2015-2017), no existe constancia de que el accionante se hubiese adherido a tal acuerdo convencional o estuviera afiliado a ese sindicato, como para hacerlo su beneficiario; siendo que en la cláusula 1ª de dicha convención se especifica que su campo de aplicación es únicamente para los trabajadores sindicalizados afiliados a Sinaltraceba y a quienes se afilien con posterioridad (PDF 29), presupuestos que no cumple el aquí demandante.

Y tampoco había lugar a aplicarle el pacto colectivo suscrito por Bavaria y los trabajadores no sindicalizados, como quiera que para el momento en que ocurrieron los hechos el demandante no era trabajador de Bavaria, y en todo caso en un esfuerzo por dar validez retroactiva a la declaratoria del contrato de trabajo adoptada en primer grado y confirmada en esta instancia; aun así, no sería posible extender esos beneficios al gestor, toda vez que, a ciencia cierta, no existe constancia de que se hubiese adherido al pacto colectivo, porque el sello de recibido del documento allegado para esos fines es ilegible, solo aparece la fecha de 29 de junio de 2017, pero no se sabe quién lo recibe, si fue Bavaria o ASL.

Sumado a ello, no bastaba con la solicitud de adhesión, pues tal y como lo manifestó la juzgadora de instancia, en el literal i de la cláusula 4ª del pacto colectivo (2015-2017) se establece que el comité de aplicación del pacto colectivo debía autorizar las adhesiones al mismo, lo que supone que la inclusión a las prerrogativas convencionales no operaba de manera automática, y dependía de la decisión de dicha autoridad convencional (pág. 15 PDF 29), y acá no se allegó, precisamente alguna aprobación por parte de Bavaria en ese sentido.

En consecuencia, se confirmará la decisión apelada y consultada.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Costas de segunda instancia a cargo de Bavaria, dado que no prosperó el recurso. Se fijan como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia apelada, acorde con lo aquí considerado.

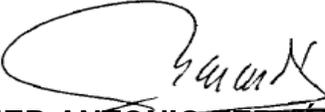
Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la demandada Bavaria S.A.. Se fijan como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes

Tercero: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente digitalizado al juzgado de origen, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


ÉDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado