



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2018 00661 03 y 04

Isaac Vidal Conde vs. Bavaria & CIA SCA.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Auto

Resuelve la Sala el recurso de apelación del demandante contra el auto que limitó la prueba testimonial, y los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia, proferidos en audiencia pública celebrada el 22 de agosto de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, dentro del proceso especial de fuero sindical de la referencia.

Antecedentes

1. Isaac Vidal Conde, mediante apoderado judicial, presentó demanda especial de fuero sindical contra **Bavaria & CIA SCA** y la **Agencia de Servicios Logísticos S.A. – ASL S.A.**, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de julio de 2015 con la primera, se ordene al reintegro al mismo cargo ‘autoelevador’ que desempeñaba al momento de su retiro, o a uno de igual o superior categoría y se condene solidariamente a ambas entidades al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir con base en un salario mensual de \$2.658.030, así como *“los beneficios económicos señalados en la convención colectiva de trabajo vigente a título de indemnización”*, más los auxilios de alimentación y transporte y las costas. En subsidio, solicitó que *“en caso de no prosperar las pretensiones principales en cuanto al pago de salarios dejados de percibir (...) tal como lo tiene señalado la convención colectiva de trabajo para el cargo de auto elevador”*, se condene al pago de salarios a razón de \$1.200.000 mensuales a título de indemnización desde el momento del despido hasta el reintegro.

Como supuesto fáctico de lo pretendido manifestó, en síntesis, que se vinculó a Bavaria S.A., a través de ASL, para ejercer el cargo de montacarguista o auto



elevador; que recibía órdenes de los jefes quienes eran empleados de Bavaria, cumpliendo un horario de trabajo a cambio de una remuneración estipulada en la suma de \$1.200.000; aduce que no le cancelaron el salario ni demás beneficios convencionales; agrega que en la empresa demandada existe una organización sindical denominada Sinaltraceba, y él funge como directivo sindical, situación que era conocida por la pasiva y a pesar de ello el 8 de julio de 2018 Bavaria por intermedio de ASL le terminó el contrato de trabajo, siendo que para dicha data gozaba de las garantías del fuero sindical.

2. Por auto proferido el 14 de febrero de 2019 se admitió la demanda y se ordenó notificar a la parte demandada y al sindicato Sinaltraceba (p. 80, archivo01).

3. Notificada personalmente Bavaria & CIA SCA (p. 93, archivo01), con autos proferidos el 30 de enero y 5 de marzo de 2020 y 11 de agosto de 2022, se requirió a la parte demandante para que notificara a la codemandada Agencia de Servicios Logísticos S.A. – ASL S.A. (p. 118 y 120, archivo01).

4. Contestación de la demanda. En el término de traslado las demandadas contestaron con oposición a las pretensiones de la demanda, así:

4.1. Bavaria & CIA SCA Manifestó que entre la empresa y el demandante no existió relación laboral, que el servicio prestado por ASL lo realizaba con plena autonomía técnica, administrativa y directiva, que esa entidad ejercía subordinación frente a sus empleados; que en todo caso, al interior de la estructura organizacional de Bavaria, no existe el cargo señalado en la demanda, que supuestamente desempeñó el actor; manifiesta que cualquier eventual fuero sindical del gestor sería inoponible a Bavaria.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la causa y de la obligación, inoponibilidad del fuero sindical, cobro de lo no debido, inexistencia del cargo de montacarguista o auto elevador dentro de la estructura organizacional de Bavaria, ausencia de mala fe, prescripción, buena fe, compensación, la innominada.

Por otro lado, llamó en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.



4.2. La Agencia de Servicios Logísticos S.A. Adujo que el demandante tenía claro que su contrato de trabajo era con ASL, que la empresa no tiene sindicatos adscritos a su nombre, razón por la cual no le son oponibles los amparos solicitados en la demanda.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción, las innominadas que resulten en el proceso y buena fe.

5. Reforma de la demanda. Se solicitó el reintegro al cargo de 'movilizador' u otro de superior categoría, así como el pago de los aumentos salariales causados desde el momento del despido y en adelante hasta que se materialice efectivamente el reintegro, así como el pago de las cotizaciones a seguridad social en salud y en pensiones; se incluyeron otros hechos de la demanda; se adicionaron nuevas pruebas; y se ajustaron los fundamentos de derecho.

6. Contestación de la reforma de la demanda.

6.1. Bavaria & CIA SCA aclaró que en relación con la reforma las pretensiones primera y segunda no pueden ser ventiladas a través del proceso especial de fuero sindical, sino uno ordinario.

6.2. La Agencia de Servicios Logísticos S.A. no le constan los hechos agregados por relacionarse con Bavaria & CIA SCA, y se opuso a las nuevas pretensiones sin exponer un solo argumento.

6.3. Seguros Confianza S.A. Adujo que no le constan los hechos y las pretensiones ninguna está dirigida en su contra.

7. Decisión de primera instancia. La jueza de conocimiento resolvió: *"Primero: DECLARAR que entre el demandante ISAAC VIDAL CONDE y la sociedad demandada BAVARIA & CIA S.C.A., existió un contrato de trabajo que estuvo vigente entre el 16 de julio del 2015 hasta el 8 de julio del año 2018. Segundo: DECLARAR que el demandante ISAAC VIDAL CONDE tenía fuero sindical al momento en que se produjo su desvinculación por parte de la AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A. "ASL" en su calidad de mera intermediaria. Tercero: ORDENAR a la sociedad demandada BAVARIA & CIA S.C.A., a reintegrar al demandante ISAAC VIDAL CONDE, asumiendo su rol directo como empleador del demandante a un cargo de igual condición o superior categoría al que venía desempeñando. Cuarto: CONDENAR a la sociedad demandada*



BAVARIA & CIA S.C.A., a reconocer y pagar en favor del demandante ISAAC VIDAL CONDE los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta la fecha en que se haga efectivo su reintegro, calculando estos salarios sobre la suma de \$1.200.000, para los efectos de este fallo, corresponden a la suma de \$73.760.000 correspondiente a los salarios dejados de percibir desde el día 08 de julio de 2018 hasta la fecha en que se profiere la presente sentencia, más los que se causen con posterioridad hasta que se haga efectivo el reintegro ordenado en este fallo. Quinto: ABSOLVER a la demandada AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A. de todas y cada una de las suplicas de esta demanda. Sexto: ABSOLVER a la llamada en garantía ASEGURADORA DE FIANZAS -CONFIANZA S.A. de todas y cada una de las suplicas del llamamiento en garantía. Séptimo: CONDENAR a BAVARIA & CIA SCA, a pagar las costas del proceso las cuales se tasarán por Secretaría y al pago de las agencias en derecho las cuales se fijan en 3 SMMLV. en favor del demandante...”

8. Recursos apelación. Inconformes con la decisión, las partes apelaron, sustentando sus inconformidades de la siguiente manera:

8.1. Demandante: manifestó desacuerdo respecto a que no se fulminó condena por las prestaciones sociales dejadas de percibir a título de indemnización, aduciendo que en otras oportunidades sí se han ordenado dichos pagos.

8.2. Demandada Bavaria: señala que la jueza desconoció que entre el demandante y Bavaria S.A. no existió vinculo laboral, ni de ninguna naturaleza, por lo tanto, no tuvo injerencia en su despido y no le era oponible algún fuero sindical, que el único y exclusivo empleador del demandante fue ASL; agrega que tampoco tuvo en cuenta que entre Bavaria y ASL existieron unos contratos comerciales, y que ASL prestó sus servicios con apego a lo regulado en el art. 34 del CST, con plena autonomía técnica, administrativa, y directiva para desarrollar el servicio contratado, el que realizaba con sus propios medios y personal, sin que Bavaria tuviese alguna injerencia; además que el 29 de junio de 2018 el vínculo contractual de carácter comercial finalizó; cita el contenido de los contratos comerciales para desdibujar el contrato de trabajo. Agrega que, si en gracia de la discusión, se entendiera que el demandante en representación de ASL prestó servicios para Bavaria, no puede establecerse que existió subordinación o dependencia respecto de la última, siendo que era ASL quien ejercía subordinación frente a sus empleados. Dijo que al interior de Bavaria no existe el cargo que el actor confesó había desempeñado, ni personal que desarrolle actividades que ejecutó ASL; que para el momento en que se terminó el contrato del actor el vinculo comercial entre Bavaria y ASL no se encontraba vigente. Cita sentencia SL48... (no se entiende) de 2019. Dijo que ASL efectuaba procesos de



selección del personal, disciplinarios y todo lo relacionado con sus trabajadores, que incluso el accionante confesó que fue sometido a un proceso disciplinario por parte de dicha demandada; que ASL y Bavaria no tienen la misma razón social, que las máquinas o montacarga que manejaba el demandante no eran de propiedad de Bavaria; de ahí que no prosperen las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, argumenta que no se tuvo en cuenta la excepción de prescripción propuesta por Bavaria, como quiera que la contestación de la demanda se produjo el 17 de enero de 2023, es decir, se desatendió lo establecido en el art. 118 del CPT y de la SS. Que en el presente caso el contrato de trabajo finalizó el 6 (sic) de julio de 2018, y el demandante interpuso demanda hasta el 1° de noviembre de 2018 con posterioridad a los dos meses posteriores a la fecha de despido, sin haberse interrumpido, ya que la comunicación allegada con la demanda no se demostró que efectivamente haya sido radicada ante Bavaria; y en todo caso la prescripción no se interrumpió con la presentación de la demanda en los términos del art. 94 del CGP, al no haberse notificado el auto admisorio dentro del año siguiente contado a partir del 15 de febrero de 2019, pues no adelantó ninguna actuación con el fin de notificar a ASL quien fue su verdadera empleadora, ya que solo se hizo tres años después, el 29 de agosto de 2022; por lo que contrario a lo argumentado por la jueza *a quo* al ser un litisconsorcio necesario en el presente proceso, en los términos del art. 61 del CGP, si debió haberse notificado y tiene plenos efectos jurídicos el medio extintivo.

9. Problema (s) jurídico (s) a resolver. Determinar, con apego al principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTYSS, y por cuestiones de método, lo siguiente: i) ¿Si entre Bavaria S.A. y el señor Isaac Vidal Conde existió o no un contrato de trabajo y por lo tanto si eran inoponible las garantías del fuero sindical?; ii) ¿Sí operó o no el fenómeno de la prescripción? iii) dependiendo de lo que resulte si se debe emitir condena por concepto de prestaciones sociales a título de indemnización?

10. Resolución al (os) problema (s) jurídico (s): De antemano la sala anuncia que la sentencia apelada será **revocada parcialmente** en cuanto al pago de las prestaciones sociales a título de indemnización y **confirmada** en lo demás.



11. Fundamentos normativos y jurisprudenciales. Arts. 363, 371, 405 a 407 del CST, 118 del CPT y de la SS.

12. Cuestión Preliminar: La parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, en contra del auto que cerró el debate probatorio y limitó la prueba testimonial, en atención al art. 53 del CPT y de la SS, al considerar que ello no debió hacerse, pues en su criterio es importante escuchar la declaración de un compañero del demandante con el que pretendía demostrar los hechos de la demanda, su calidad de sindicalizado y el despido; por lo que considera que es oportuno y pertinente recibir la versión del deponente.

Al correrse el traslado del recurso, las accionadas manifestaron que la decisión de la jueza esta enmarcada en el presupuesto normativo del art. 53 del CPT y de la SS.

La jueza no repuso su decisión y concedió la apelación en el efecto devolutivo.

Analizada la decisión de la juzgadora de instancia, quien limitó la prueba testimonial y cerró el debate probatorio, baste con decir que la misma se encuentra cimentada en las potestades otorgadas por el legislador, por lo tanto la limitación de la prueba testimonial no resulta desproporcionada, caprichosa o irracional, menos aún si se tiene en cuenta que los hechos que se pretenden demostrar con la declaración del testigo, pueden acreditarse con las documentales allegadas al proceso; y en todo caso, el testigo Laureano Vija Ciendúa, fue ilustrativo en los puntos que pretende demostrar la recurrente, de ahí que la juzgadora de instancia en ejercicio de sus facultades como directora del proceso (48 y 53 ib.). podía prescindir de la restante testimonial, al considerar que con el material probatorio acopiado en el expediente es suficiente para generar su convencimiento conforme lo establece el art. 61 ib., y emitir la sentencia de instancia, sin que se hagan necesarias mayores precisiones.

Colofón de lo dicho, se confirma el auto apelado, sin costas ante su no causación.

Dilucidado lo anterior se continúa el estudio para resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de instancia, previas las siguientes,



Consideraciones

1.- De la existencia del contrato de trabajo.

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 16 de julio del 2015 hasta el 8 de julio del año 2018, 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 los extremos temporales no fueron objeto de apelación.

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 siguientes pruebas personales.

En el interrogatorio de parte la representante legal de Bavaria S.A. manifestó que dentro de la empresa no existe el cargo de operario de auto elevador, que el demandante nunca ha sido trabajador de la compañía, en esa medida no le consta nada relacionado con la forma en como prestaba sus servicios.

En el interrogatorio al demandante refirió que prestó sus servicios para Bavaria en el cargo de operador de auto elevador; que tenían unos coordinadores que los orientaban que vestían chalecos con el nombre de Bavaria, Álvaro Escobar, José Navarro, Didier Mora y John García, contratados directamente por Bavaria. Que el personal de ASL no le daban órdenes; que ASL no le suministró las herramientas de trabajo, no le practicó el examen de ingreso. Que de pronto si tuvo una sanción disciplinaria por el mal manejo del producto por parte de Bavaria.

El deponente Laureano Vija Ciendúa (tachado por sospecha), manifestó que fue compañero de trabajo del demandante desde julio de 2015, que se conocieron en la planta de Tocancipá, y que ambos eran montacarguista en la línea de producción y compartían turnos, que recibían órdenes del jefe Didier Mora, que la función del demandante era alimentar las líneas de envase, retirar el producto terminado, modular y hacer la marcación. El actor recibía órdenes de Didier Mora, John García y Jorge Navarro que estas personas eran trabajadores directos de Bavaria ya que tenían el respectivo uniforme y carné de Bavaria. Que ASL era



intermediaria de Bavaria, lo sabe porque los servicios se prestan directamente a Bavaria, los elementos, estivas, maquinas, montacargas eran de Bavaria. Que las actividades del demandante las realizaba en las instalaciones de Bavaria. Que Bavaria les daba charla de seguridad, y tarjeta de ingreso. Que las montacargas en la silla tenían el logo de Bavaria.

En efecto, escuchado el testimonio reseñado, se tiene certeza que el declarante es trabajador de Bavaria S.A. y compañero de trabajo del demandante, quien aseguró que el actor se desempeñó en el cargo de montacarguista o auto elevador, al interior de Bavaria, que el gestor recibía órdenes de empleados directos de Bavaria, que las herramientas o elementos, maquinas y demás era de propiedad de Bavaria, que ASL era intermediaria de Bavaria.

En cuanto a la valoración de la testimonial recibida, 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 manifestó el mencionado testigo, ya que al ser compañero de trabajo y coincidir en los turnos, de manera directa presencié la mentada prestación del servicio del accionante, sin que se advirtiera alguna circunstancia particular que evidencie parcialidad o falta de espontaneidad en su versión.

Ahora, la circunstancia de que el testigo Laureano Vija Ciendúa, también haya interpuesto demanda contra Bavaria, no es una razón suficiente y admisible para considerar, que en él se encuentre parcialidad y falta de objetividad en su declaración; 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).

De lo que se colige que, con la referida prueba testimonial, la que fue clara, completa, espontánea, conteste y coherente y neutral, 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 actor 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 celebrado entre Bavaria y ASL (26 de marzo de 2015, 04 de julio de 2017), contrato individual de trabajo suscrito entre el demandante y ASL (16 de julio de 2015) junto con el Otrosí (15 de diciembre de 2015), verificación de inducción realizada al demandante por parte de ASL (15 de julio de 2015), carta de compromiso de confidencialidad, declaración anual de aplicación del código de ética, consentimiento para realizar pruebas y exámenes, solicitud de autorización para el pago de cesantías, formato de solicitud de consignación de cesantías, investigación disciplinaria (30 de septiembre de 2015), citación diligencia de descargos (7 de diciembre de 2015) comparendos pedagógicos, comunicación sanción (14 de diciembre de 2015), misiva de terminación del contrato de trabajo (6 de julio de 2018), y demás; todos provenientes de ASL (Véanse PDF 01, 09, 10).



Tales probanzas no son de la suficiente entidad para enervar el convencimiento que emerge de lo relatado por el testigo referenciado, 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 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 hiciera 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 (PDF 09).

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 29 (pdf 09); 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 20 (PDF 09.); 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 21 (PDF 09), 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.

Además, no puede pasarse por alto que las instrucciones u órdenes 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 el testigo, 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 demandante fue contratado por el operador logístico, que era quien le pagaba su remuneración y liquidaciones, o incluso en alguna oportunidad ejerció el poder disciplinario laboral, 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 cuanto al hecho de que ASL terminó el contrato de trabajo al demandante, cuando ya no existía la relación comercial entre Bavaria y ASL, basta con dar lectura al comunicado de Bavaria dirigida a ASL de fecha 29 de junio de 2018, para establecer que materialmente el contrato de operación logística finalizó el 8 de julio de 2018 (Fl. 148 PDF 09) así se dispuso literalmente en dicho informativo, aspecto que coincide con el finiquito del contrato de trabajo del demandante; es más, analizada la misiva de terminación de la relación laboral del gestor se observa que la causa de la misma fue precisamente la culminación del contrato de operación logística con Bavaria; de manera que este argumento no es útil para establecer autonomía e independencia de parte de ASL, como para tenerla como verdadera empleadora.

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.

Así las cosas, no queda otro camino que confirmar la sentencia apelada en ese sentido



2.- Inoponibilidad del fuero sindical

Frente al fuero sindical, se recuerda que el artículo 405 del CST establece que es aquella garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

A su turno, el artículo 406 ib. enlista las personas que están amparados de tal beneficio, y en sus literales a) y c), incluye a “a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;” y “Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.” Además, en el párrafo 2º del artículo referido establece que “Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador”.

En el asunto no se discute la calidad de aforado del demandante, pues lo que argumenta Bavaria es que no le es oponible, aunado que este tópico no fue apelado por las partes.

Así las cosas, la inoponibilidad del fuero aquí solicitado y la decisión de ASL de terminar el contrato de trabajo del demandante, porque a la fecha de la finalización del vínculo no existía declaratoria del contrato de trabajo, debe decirse que en este caso la Agencia de Servicios Logísticos ASL actuaba en su calidad de intermediaria, por tanto, la terminación del contrato la hizo en representación de Bavaria S.A., por lo que esa decisión de terminar el contrato laboral necesariamente compromete a Bavaria S.A., conforme lo dispone el literal b) del artículo 32 del CST, que señala a los intermediarios como representantes del empleador.

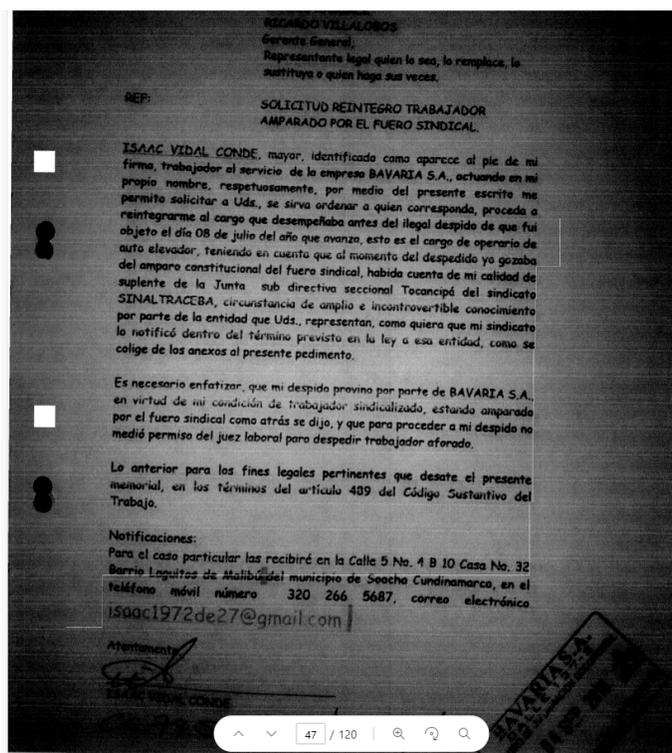


Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

De manera que la decisión de ASL de terminar el vínculo laboral del demandante sí le era oponible a Bavaria S.A., así como el fuero que ostentaba el trabajador para ese momento, razón por la cual, la Sala confirmará la decisión de la juez en este aspecto.

3.- Prescripción.

Frente a la excepción de prescripción, conviene señalar que el contrato de trabajo finalizó el 8 de julio del año 2018, luego de conformidad con el art.118 del CPT y la SS tenía hasta el 8 de septiembre siguiente para presentar la acción especial; aparece un escrito de fecha 4 de septiembre de 2018 radicado ante Bavaria, en la que se reclama el reintegro (PDF 01), la demanda se presentó el 1º de noviembre de 2018 y Bavaria fue notificada personalmente de la demanda el 15 de marzo de 2019.



Y a pesar de que Bavaria desconoce esa documental porque al dar contestación a la demanda, dice que en sus archivos no reposa tal instrumental, lo cierto es que aparece de manera clara la fecha y el sello de Bavaria, recordando que en el interrogatorio de parte la representante legal de Bavaria reconoce que ese tipo de sellos se utilizaban para aquella fecha, de manera que dicho escrito si tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción, encontrándose afectado por el fenómeno extintivo los emolumentos causados y no pagados con anterioridad al 4 de julio de



2018, pero como el contrato finalizó el 8 de julio siguiente, los salarios y prestaciones sociales a título de indemnización no están prescritos.

Sumado a lo anterior no sobra recordar que el libelo gestor se presentó en tiempo, y Bavaria fue notificada personalmente del auto admisorio de la demanda dentro del año siguiente de su emisión, como lo dispone el art. 94 del CGP.

Por lo demás, no le asiste razón a la pasiva en cuanto asegura que como quiera que a la demandada ASL no la notificaron en el año siguiente a la notificación del auto que admite la demanda (art. 94 CGP) no se interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda, sino con la notificación a la demandada ASL ocurrida el 29 de agosto de 2022, al considerar que se configura litis consorcio necesario entre las codemandadas, hipótesis que no tiene cabida en este caso en particular como quiera que la interrupción de la prescripción solo cumple ese fin una sola vez (ART. 489 CST) para Bavaria S.A., y como quedo visto esa ventaja procesal ocurrió el 4 de septiembre de 2018, con el simple reclamo presentado a esta última demandada.

Y en todo caso si son varias las demandadas y no se trata de un litis consorte necesario la prescripción corre de manera independiente, lo mismo que la respectiva interrupción, y acá ambas fueron demandadas en el proceso, siendo que ASL no fue convocada como litisconsorte necesario.

Estas razones son suficientes para confirmar la decisión de la jueza *a quo* en este punto.

4.- Prestaciones sociales a título de indemnización.

Finalmente, en cuanto al pago de las prestaciones sociales reclamadas, debe decirse que conforme lo preceptúa el inciso 2º del artículo 408 del CST, al comprobarse que el trabajador fue despedido sin sujeción a las normas que regulan el fuero sindical, como aquí ocurrió, hay lugar a ordenar el reintegro del trabajador junto con el pago, a título de indemnización, de los salarios dejados de percibir por causa del despido, indemnización que en todo caso debe ser integral, *“de acuerdo con lo que se logre probar en cada caso, lo cual incluye, además del pago de los salarios no devengados, con sus reajustes y prestaciones, cualquier otro valor dejado de percibir o pagado por el trabajador, como consecuencia directa del despido injusto. Siendo entendido,*



además, que la reparación integral incorpora la correspondiente indexación” (Corte Constitucional sentencia C-201 de 2002).

En consecuencia, resulta procedente ordenar el pago de las prestaciones sociales legales del trabajador demandante (prima de servicios y auxilio de cesantías), como se reclama en el recurso de apelación, por lo que en ese sentido se revocará parcialmente la sentencia y en su lugar, se dispondrá el pago de tales acreencias desde la fecha del despido, esto es, desde el 8 de julio de 2018, hasta cuando se haga efectivo el reintegro, con base en el salario determinado en primera instancia, vale decir, en la suma de \$1.200.000; las cuales deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago como bien lo señala la jurisprudencia en cita.

Aquí y ahora oportuno es aclarar que únicamente se entienden por concepto de prestaciones sociales las primas de servicios y el auxilio de cesantías, como en reiteradas ocasiones lo ha manifestado este tribunal.

Costas. A cargo de la demandada por perder su recurso, en su liquidación inclúyanse la suma de 2 SMLMV.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca,**

Resuelve:

Primero: Confirmar el auto apelado por el cual se limitó la prueba testimonial y cerró el debate probatorio, según lo argumentado.

Segundo: Revocar parcialmente la sentencia apelada para en su lugar ordenar el pago de prestaciones sociales (prima de servicios y auxilio de cesantías), desde el 8 de julio de 2018, hasta cuando se haga efectivo el reintegro, con base en el salario determinado en primera instancia, vale decir, en la suma de \$1.200.000; las cuales deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago, acorde con lo motivado.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia apelada, conforme lo argumentado.



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

Tercero: Costas a cargo de la demandada, al perder el recurso de apelación de la sentencia, en su liquidación inclúyanse la suma de 2 SMLMV.

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

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

(Con ausencia justificada)
JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado