

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**  
Proceso: Ordinario  
Radicación No. 25899-31-05-001-2018-00206-01  
Demandante: **EDWIN RODRIGO CASAS RUIZ**  
Demandados: **BAVARIA S.A. y ASL S.A.**

En Bogotá D.C. a los **19 DIAS DEL MES DE MARZO DE 2021**, la sala de decisión que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITAN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se deciden los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la accionada **BAVARIA S.A.** contra la sentencia proferida el 7 de octubre de 2020 por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá.

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**EDWIN RODRIGO CASAS RUIZ** demandó a **BAVARIA S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de junio de 2015 y en consecuencia se condene a la accionada a mantenerlo en el cargo de montacarguista u operario de auto elevador que viene desempeñando dentro de las instalaciones en forma directa, el reconocimiento y pago de las diferencias salariales conforme lo establecido para el cargo de montacarguista desde el 12 de junio de 2015 y hasta que se haga efectiva la nivelación salarial; reliquidación auxilio de cesantías, primas de

servicios, vacaciones, pago de los aportes de seguridad social en pensiones; pago de los beneficios legales y extralegales que gozan los trabajadores directos de Bavaria S.A. en el cargo de montacarguista, indexación, ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, expuso que se vinculó con BAVARIA S.A. desde el 12 de junio de 2015 a través de la empresa intermediaria AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A., el salario convenido inicialmente fue de \$900.000 y mediante otro sí del 15 de septiembre de 2015 se aumentó a la suma de \$1.200.000, prestó servicios a la demandada en el cargo de montacarguista, en ejercicio del cual manejo un montacargas de propiedad de BAVARIA S.A., recibía órdenes directamente de los jefes que son empleados directos de BAVARIA S.A., cumplió horario de trabajo en las instalaciones de la empresa. Que dentro de las funciones que desempeñaba estaban las de cargar y descargar vehículos y alimentar las líneas de producción de la demandada. Que la empresa BAVARIA S.A. le ordenaba que manejando el montacarga no podía superar los 10 km por hora y que la altura del mismo no puede superar los 20 metros. Que el horario de trabajo que cumple se publicaba dentro de las instalaciones de la empresa. Que prestó servicios en las instalaciones de la empresa ubicada en Tocancipá y desde el ingreso hasta la fecha de presentación de la demanda siempre ha realizado las mismas funciones y recibió la remuneración mensual de BAVARIA S.A. por intermedio de ASL, que los trabajadores directos de BAVARIA S.A. que desempeñan el mismo cargo devengan un salario superior al que le era pagado, no se le ha pagado el salario, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones con el salario real. Agrega que AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A. ejerce sin autorización del Ministerio del Trabajo intermediación laboral, suministrando personal para ejercer labores permanentes, distintivas y directamente relacionadas con el objeto social de BAVARIA S.A., que, al estar vinculado a través de un tercero, no estaba facultado para suscribir o adherirse al pacto colectivo de BAVARIA S.A. y que el 28 de diciembre le notificó a la demandada la afiliación a la organización sindical SINALTRACEBA. (fls. 1 – 3)

La demanda fue presentada el 26 de abril de 2018 y admitida mediante auto del 2 de agosto de 2018, en el cual se ordenó vincular como demandada AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A. (fl. 69 -72), notificado el auto admisorio a la BAVARIA S.A., al descorrer se opuso a todas las pretensiones, no aceptó los hechos y expuso como razones de la defensa que el demandante trabajó para AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A., sociedad que nunca fue intermediaria de BAVARIA S.A.; propuso las excepciones previas de inepta demanda y de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, las de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción e inexistencia del contrato de trabajo. (fls. 128 – 142).

Notificada la sociedad vinculada, el juzgado tuvo por contestada la demanda por BAVARIA S.A. y no contestada la demanda por AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A. por haberse presentado la contestación de manera extemporánea y citó a las partes para audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. (fl. 195).

## **II. SENTENCIA DEL JUZGADO**

El Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia de 7 de octubre de 2020, declaró la relación laboral entre el demandante y BAVARIA S.A. desde el 12 de junio de 2015 hasta el 8 de julio de 2018 y absolvió a las demandadas de todas las pretensiones. (Audio y fls. 334 - 337).

## **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada del demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y para sustentarlo afirmó:

*“Me permito interponer y sustentar a la vez recurso de alzada, de manera parcial teniendo en cuenta que la suscrita se encuentra totalmente de acuerdo conforme con el numeral primero de la parte resolutive en tanto se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre Edwin Rodrigo Casas y la sociedad demandada Bavaria S.A. El objeto de este recurso de alzada recae sobre los numerales 2 y 3 de la sentencia proferida por su honorable despacho, por lo cual paso a argumentar de la siguiente manera: La consecuencia directa su señoría de declarar la existencia de un contrato realidad entre mi representado y la sociedad Bavaria S.A. es la vocación de permanencia y el derecho que le asiste a mi representado de que lo tendrían que mantener en el cargo,*

obsérvese su señoría, que como fue citado en los alegatos de instancia la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que una empresa usuaria no puede prorrogar el contrato con una empresa de servicios temporales por un término superior a 12 meses ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferentes empresas temporales para la prestación de servicios. Toda vez que al desarrollar un nuevo contrato o prorrogar el existente por el término superior a un año desvirtúa completamente la temporalidad del mismo advirtiéndose por el contrario su vocación de permanencia como lo explicó la Corporación, es decir, que al exceder los límites temporales establecidos por el legislador se trasgrede la legalidad y la legitimidad de esta forma de vinculación laboral, a qué voy con esto su señoría, al evidenciarse la existencia de un contrato de trabajo y al evidenciarse que el cargo de montacarguista u operario de auto elevador es inherente, permanente y hace parte del objeto social de la empresa Bavaria, luego entonces la consecuencia directa de haberse declarado la existencia de una relación laboral sería en ese momento aplicar el precedente de vocación de permanencia, le repito, y mantener en el cargo al señor Edwin Rodrigo Casas, en ese mismo sentido la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL17025-2016 de noviembre 16 de 2016, Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas, declaró: Lo anterior significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no se encuentran estas causales según el concepto de la Sala, socava su legalidad y legitimidad hace desaparecer el sustento contractual que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria, así las cosas su señoría haberse encontrado respecto a Agencia de Servicios Logísticos como intermediaria en la labor prestada por mi representado pues se desvirtuó la legitimidad de esa relación contractual luego entonces lo que se depreca en el libelo introductorio y lo que se solicita por este recurso de alzada es que el Honorable Tribunal decreta que por ser el cargo de montacarguista inherente a la operación de la empresa Bavaria, que hace parte de su objeto social, que adicional lo prestó por más de 2 años y medio a favor de esta compañía por el vínculo de intermediación pues lo que se depreca es que sea mantenido en ese cargo en aplicación de la figura jurídica de la vocación de permanencia. Ahora bien, como segundo punto de mi recurso de apelación en cuanto a la nivelación salarial y la correspondiente reliquidación de prestaciones sociales como fue acreditado en el proceso su señoría, al ser vinculado mi representado por la figura de intermediación laboral y tratando de ocultar el verdadero empleador del señor Edwin Rodrigo Casas sin ninguna justificación se le impusieron las condiciones laborales menos beneficiosas respecto del salario que devengaban los trabajadores de Bavaria que desempeñaban el mismo cargo de los montacarguistas u operario de auto elevador, esto fue demostrado y fue declarado en este proceso por el testigo Omar Martínez, declaración que es consistente y concuerda con la convención colectiva que se allegó a este proceso, en ese punto de la convención colectiva me permito señalar que la misma se tomó como referencia a efecto de demostrar cual era el salario que en realidad estaba señalado para el cargo de operario de auto elevador o montacarguista en el cual claramente se puede establecer que el cargo que venía ejecutando mi representado tenía una asignación salarial muy superior a la que se estaba pagando, por lo cual debe condenarse a la nivelación salarial y a la correspondiente reliquidación de todas las prestaciones sociales con fundamento en lo establecido en el artículo 143 del CST el cual dispone: "numeral 3. todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación, en este sentido de las pruebas militantes en el proceso se logra evidenciar el actuar ilegítimo por parte de la empresa demandada Bavaria S.A. y en ese orden de ideas su señoría a quien le correspondía la carga de la prueba de acreditar en este despacho por qué había una evidente desajuste y desnivelación salarial era a la sociedad Bavaria que pues como todas las demás pruebas, brillan por su ausencia por cuanto no logró acreditar ninguna razón justificable para el trato diferenciado que se le dio a mi representado, en ese orden de ideas depreco a la Honorable Sala del Tribunal Superior de Cundinamarca revocar la sentencia en ese tópic y en su lugar en aplicación de lo dispuesto en el artículo 143 ya citado sea condenada la demandada Bavaria S.A. al reconocimiento y pago de la reliquidación de prestaciones sociales que se le adeudan a mi representado. En estos términos dejo sustentado el recurso de alzada su señoría."

**El apoderado de la demandada BAVARIA S.A. presentó recurso de apelación y para sustentarlo afirmó:**

"Con todo respeto manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de tomar el despacho en todo lo desfavorable a mi representada. En primer lugar, respetuosamente yo manifiesto que el juzgado se equivoca al momento de valorar las pruebas porque no está acreditada la presunta prestación de servicios directamente del demandante con mi representada, pero en primer lugar como el juzgado dijo que ASL había sido un intermediario en esa medida debo decirle al despacho y a los Honorables Magistrados en el Tribunal que en el interrogatorio de parte el representante legal evidentemente explica como se desarrolla la operación logística de las respuestas de él no se evidencia la presunta injerencia que aduce el despacho de Bavaria frente a las actividades del operador logístico lo que pasa es que es natural que en desarrollo de un contrato de operación logística pues haya una coordinación entre el operador y la empresa que lo contrata, no puede volverse esto, es decir algo así como que hay una prohibición del contratante no para interferir porque el contratante no interfiere y aquí no quedó acreditado que interfiriera Bavaria en las actividades del operador logístico pero naturalmente pues debe haber una coordinación que no está prohibida en la ley, ni siquiera

jurisprudencialmente está prohibida que haya una digamos que un acercamiento, llamémoslo coordinación entre el contratante y el operador logístico, en el contrato realidad lo primero que hay que ver es elemento de subordinación porque hay cosas que aquí quedaron demostradas y es que evidentemente Agencia de Servicios Logísticos actuaba con total autonomía administrativa y financiera, no está demostrado por ningún lado que es que Bavaria le impusiera a Agencia de Servicios Logísticos la orden de que debía contratar una u otra persona, de que le impusiera o que le entregara los dineros al demandante que es lo que parecería se trasluce de los argumentos de la sentencia porque dice que Bavaria tenía injerencia en las actividades del operador logístico, eso no es cierto, este despacho ya tuvo la oportunidad de ir a la planta de Bavaria en Tocancipá y evidentemente se ha dado cuenta que digámoslo que por un derrotero común por utilizar un término es la seguridad de cualquier persona que ingresa a la planta y eso no significa que todos los que ingresen a la planta sean trabajadores de Bavaria, ingresó el despacho, claro ingresó en otro proceso, de Jorge Alberto Bedoya Miranda pero pudo evidenciar que lo primero que hay es un estricto rigor por la seguridad de cualquier persona, de los trabajadores directos de la compañía, de los trabajadores del operador logístico, de cualquier visitante, incluso de la gente que presta seguridad y esa circunstancia que se hagan de pronto que se inviten a algunas reuniones que hace el operador logístico al personal de Bavaria no significa desde ningún punto de vista injerencia, yo creo que con todo respeto, en mi opinión el despacho se equivoca al momento de valorar el interrogatorio de parte y las respuestas espontáneas y de buena fe que dio el representante legal, en segundo lugar, porque no hay ninguna prueba que lo demuestre, en segundo lugar, que es que Distoyota allegó unos documentos donde dicen que si bien es cierto el arrendatario de las montacargas es ASL pero el garante es Bavaria pero eso no significa ninguna clase de injerencia, es que no está prohibida por el legislador ni por el desarrollo jurisprudencial ni los precedentes judiciales han dicho que para que se demuestre autonomía administrativa y financiera el contratante no puede ser garante de un operador logístico, es que eso no significa injerencia y seguramente lo hace el garante como operador logístico, pues por su puesto porque el operador logístico hay un contrato de comodato que donde las partes pactan que se va a desarrollar la operación logística, me refiero operador y contratante y como quiera que las partes pactaron, que donde se va a desarrollar la operación logística, operador y contratante pues seguramente para Distoyota que mejor que una persona como el contratante sea o que lo respalde en su posición de garante al operador logístico quien le pide en arriendo unos montacargas, es que esa posición de garante no significa desde ningún punto de vista tampoco injerencia, pues evidentemente está porque de buena fe las partes y atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad el contratante y el operador logístico, es decir, el operador logístico arrienda los montacargas y pues se deduce que la empresa que le arrienda los montacargas al operador logístico le pide un garante, pues no hay ninguna prohibición en que el contratante sea garante de eso y eso no significa que le haya ordenado o que le haya tenido alguna injerencia por esa parte, yo pienso que el despacho se equivoca al valorar esos medios, esos mecanismos de prueba porque no es cierto que haya habido una injerencia de Bavaria en el desarrollo de la operación logística, son empresas independientes autónomas y el operador logístico ahí está demostrado siempre actuado con total autonomía administrativa y financiera, es más, dentro de las pretensiones de la demanda no se está demandado la legalidad del contrato de operación logística y el otro sí que haya habido, incluso el contrato de arrendamiento o el comodato que haya existido, pero adicionalmente el despacho estimo que se equivoca porque por ejemplo valoró equivocadamente el testimonio de Omar Eduardo Martínez Aparicio, infortunadamente para contrastar este testigo, el único testigo que yo había logrado ubicar que es el señor Ismael Martínez, la verdad el señor me dijo que no quería comparecer, es una persona que yo pues tengo conocimiento de acuerdo con una versión que él me dio alguna charla me dijo que ellos actuaban directamente con los supervisores de la compañía y en algunos momentos con la compañía, me refiero con la compañía al operador logístico, pero bueno, desafortunadamente no pude traer un testigo que controvirtiera el testimonio de Omar Eduardo, pero es que en mi opinión ni siquiera había necesidad de un testimonio para controvertir a Omar Eduardo que es un testigo completamente parcializado, tan parcializado está que como yo ya llamé la atención cuando lo indago por ejemplo ASL le dijo que si él había estado presente cuando le entregaban las dotaciones al demandante le dijo que si y resulta que cuando yo lo indagué por el mismo cuestionamiento dijo que no, que nunca había estado al momento que le entregaban las dotaciones, no se acuerda de que era ASL la que le pagaba el salario al demandante, no tenía ni idea que fue ASL la que le terminó la relación laboral al demandante, ese testigo no tenía ni idea que Agencia de Servicios Logísticos le pagaba directamente los aportes a seguridad social al demandante, resulta que cuando le preguntaron qué logos tenía las dotaciones que le daban al demandante y quién se las entregaba casi que tocó con pinzas o mejor dicho como dice uno, bueno se me olvidó el término coloquial, pero lo cierto es que se le olvidó, al fin recordó que el logo era de ASL y eso que ya pues casi escudriñándolo y diciéndole pues obviamente indagándolo para que dijera de quien era el logo, porque es que pues no podía faltar a la verdad, pero adicionalmente Omar Eduardo no recuerda muchas cosas con la cercanía que tenía con él, yo pienso que el despacho se equivoca también como valora a ese testigo Omar Eduardo porque resulta que el despacho no tuvo en cuenta que es el mismo Omar Eduardo el que dice que era supremamente cercano con el demandante presuntamente le constaba todo y luego es que si le consta todo, por qué no le consta quién le pagaba al demandante y si le consta que supuestamente le daban órdenes unos ingenieros de Bavaria, pero no dice que órdenes le daban, es más. el juzgado en su fallo tampoco referenció que órdenes le daban al demandante Edwin Rodrigo, el Juzgado no mencionó ni una sola de las presuntas órdenes que le daban los ingenieros de Bavaria al demandante Edwin Rodrigo Casas Ruiz y resulta que es que es importante saber la verdad real porque es que el testigo tiene que ser espontáneo no puede ser un testigo parcializado que solamente se acuerde selectivamente de lo que le sirva a la parte por la quien el va ir a declarar o que lo citan más que otra cosa, entonces el testigo no le aporta nada al despacho, y

el despacho le da el 100% de la credibilidad a un testigo que es un testigo permeado, me va a perdonar la expresión, lo digo con respeto, pero es un testigo flojo para este proceso, es un testigo, ese testigo no le aporta nada al despacho, no dice que órdenes le daban, ni siquiera indicó cuando yo lo indagué, le dije bueno en qué época fue eso, no me acuerdo, eso fueron en los dos años, ni siquiera dijo los tres, eso fueron en los dos años que estuvimos ahí, pero al fin qué, luego es que no se acuerda? el testigo tiene que ser veraz, es que el CGP y la jurisprudencia no solo laboral, sino civil, han determinado como debe ser el testigo, como debe ser su versión, espontánea, veraz, y obviamente contar lo que le consta, no puede reservarse la mitad acordarse de la mitad y la otra mitad cuando a uno le pregunta que dice es que no tiene ni idea y a mi creo que el 70% de las preguntas que yo le hice dijo que no sabía, pero entonces si estuvo con Edwin Rodrigo presuntamente compartieron turnos, y después dijo ya que no fue todo el tiempo pero que cuando él estuvo si le daban órdenes, si le daban instrucciones y mencionó al ingeniero Enrique y al ingeniero creo que Álvaro o Didier. A ver cuáles son las órdenes que le dio presuntamente o le dieron presuntamente esos ingenieros de Bavaria, ninguna, tan es así que reitero, el despacho no pudo ni siquiera señalar una sola orden que le hayan dado presuntamente los ingenieros de Bavaria al testigo porque es que el testigo no dijo nada y sin embargo goza del 100% de credibilidad que es lo que me llama la atención, menciona una serie de personas ahí pero resulta que, incluso dijo es que fuimos compañeros de trabajo, le pregunté yo por el biométrico, que el biométrico estuvo toda la vida ahí, se le preguntan tantas cosas y este testigo no le aporta nada al despacho y sin embargo el despacho con fundamento en esa declaración, ya en las otras pruebas que dije que también estuvieron mal valoradas cometió el error, pero a aquí pues obviamente comete un error adicional y es que con fundamento en un testimonio que no rinde la más mínima credibilidad y que no le aporta nada al despacho se sustenta un presunto contrato realidad, que yo sigo insistiendo es inexistente entre el demandante y mi representada eso no demuestra ninguna clase de prestación personal del servicio del demandante con mi acudida. Adicionalmente en el interrogatorio de parte que yo le hice al demandante, el demandante a todas luces negó, mire fijese que adicionalmente otra prueba mal valorada es el interrogatorio de parte que yo le hice al demandante porque yo le pregunté que si lo habían citado al descargos y el demandante dijo que nunca lo había citado a descargos, pero si la prueba está en el expediente, que lo habían despedido, pero si la prueba está en el expediente quien lo despidió, están en el expediente con quien firmó el contrato de trabajo que era con Bavaria que el siempre ha sido trabajador de Bavaria y ahí está el contrato de trabajo que suscribió con ASL y ahí está el proceso de inducción, están todos los documentos que acreditan con quien prestó el demandante servicios, resulta que el demandante pues que además pertenece no solamente a una si no que como lo dijo el testigo Omar Eduardo y lo dijo el propio demandante a muchísimas organizaciones sindicales, el demandante pues ya viene con sus preguntas elaboradas y con sus respuestas pero resulta que no haya firmado ni un solo documento con ASL a mí eso si me llama poderosamente la atención y eso lo único que acredita precisamente es que ellos quieren evadir la verdad de lo que pasó y la verdad de lo que pasó es que su prestación de servicios fue directamente con la Agencia de Servicios Logísticos, entonces se afilian a uno, dos, tres sindicatos, se afilian allá y entonces resulta que no obstante todo eso, las pruebas que presentó ASL que fueron decretadas de oficio por parte del juzgado, entonces resulta que no gozan de ninguna credibilidad siendo una prueba documental que no fue tachada de falsa que no fue desconocida por el demandante ni por la parte demandante, los aportes a seguridad social no fueron desconocidos por la parte demandante, ninguno de los documentos que están ahí fueron desconocidos por la parte demandante, es más el juzgado lo indagó, le preguntó sobre el señor Néstor, que yo creo que utilicé otro apellido y a otra persona Néstor que es el que nombra mucho en la diligencia de descargos y resulta que ahí si el demandante no se acuerda y resulta que adicionalmente el juzgado le puso de presente una fotografía y entonces resulta que el demandante acomoda su versión y después se acuerda solamente de lo que le conviene a él y de lo que no le conviene no, cuando aquí estamos frente a la primacía de la realidad y como yo lo dije en algún otro escenario y adicionalmente como lo expuse aquí en este despacho en otro proceso en la primacía de la realidad no solo se debe ver si el demandante prestó los trabajadores el servicio con Bavaria, aquí se debe ver si el demandante la primacía de la realidad es si el demandante si prestó los servicios directamente con el operador logístico y es que los prestó o donde está la tacha o el desconocimiento de los documentos que acreditan que el demandante si prestó los servicios con Agencia de Servicios Logísticos, no hay ni un solo desconocimiento de los documentos, es que la primacía de la realidad es todo lo que pasa, la primacía de la realidad no solamente se puede cernir y solamente se puede comprimir a que el demandante haya sido trabajador de Bavaria, pero no hay primacía de la realidad entonces cuando el demandante si fue trabajador de ASL y cuando si estuvo subordinado por ASL? Ahí están los documentos, ahí están todas las probanzas y no está determinado que incluso el testigo Omar Eduardo lo único que trata es confundir al despacho y decir aquí lo que le conviene al demandante o no, yo por esas razones les ruego a los Honorables Magistrados que revoquen en lo desfavorable a los intereses de mi representada lo que tiene que ver con la declaratoria de contrato realidad, porque es un contrato realidad que nunca existió entre Bavaria y el demandante y pues para eso que se valoren todas y cada una de las pruebas que obran en el expediente, eso es en manera principal y en forma subsidiaria, les ruego a los Magistrados que si determinan confirmar la decisión del juzgado, pues obviamente que se tenga en cuenta desde ya, porque obviamente el juzgado no lo podía hacer pero yo si le pido acá desde ya, que como se pidió yo solicité que se declarara la excepción de compensación, que se haga sobre los conceptos que le haya pagado la Agencia de Servicios Logísticos al demandante, de quien dijo el juzgado que era un simple intermediario y esto como lo estoy hablando de manera subsidiaria, el artículo 32 en su literal b) del CST dice quiénes son los representantes del empleador y entre esos en el literal b) designa a los intermediarios y por último desde ya solicito a los Magistrados que se desestimen las solicitudes de la parte demandante, porque ella en la demanda nunca dijeron ni hablaron de

que Agencia de Servicios Logísticos era una empresa de servicios temporales y en mi opinión me parece que es un hecho nuevo que no fue debatido y pues estaríamos vulnerando el derecho al debido proceso y de defensa y en segundo lugar porque si ASL es un simple intermediario pues obviamente las actuaciones de ASL tienen plena validez, que sean como en representación del empleador, bueno pero tiene plena validez y la carta y la terminación de la relación laboral tiene plena validez porque por eso el mismo legislador fue el que dijo los representantes del empleador, entre ellos es el simple intermediario que aquí está y ha sido declarado por parte del juzgado que Agencia de Servicios Logísticos era un intermediario de Bavaria y una última razón ya para terminar es que la carga de la prueba en tratándose de la convención colectiva de trabajo no era de Bavaria eso es una prueba ad substantiam actus que debió haber aportado la parte demandante y acreditar digamos el surgimiento o que hay unos conceptos que están comprimidos dentro de una convención colectiva de trabajo, la convención colectiva de trabajo es una prueba ad substantiam actus que no puede ser reemplazada ni siquiera como lo ha dicho la jurisprudencia en infinidad de ocasiones por una confesión judicial, son pruebas ad substantiam actus que si no se presentan teniendo la obligación, quién? pues la parte demandante que es la que está alegando una presunta desmejora salarial, entonces era a ella que le tocaba aportar la convención colectiva de trabajo con las solemnidades del caso para que fuera tenida en cuenta, en mi opinión desde ya manifiesto que es equivocada la manifestación o la afirmación de la parte demandante en ese sentido porque Bavaria no tenía esa carga de la prueba, por lo demás solicito al despacho que se me conceda el recurso de apelación para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca el cual he expuesto en mi oportunidad procesal naturalmente con el respeto por las consideraciones del despacho.”

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido en segunda instancia, la apoderada del demandante presentó escrito de alegatos en el que manifestó:

“1. VOCACIÓN DE PERMANENCIA EN CONTRATO REALIDAD En este aspecto obsérvese Honorables Magistrados que el a quo omite por completo efectuar la valoración probatoria referente a la calidad en la que actuó AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS como empresa de servicios temporales, por cuanto su único objetivo consistía en el suministro de personal para el desarrollo de las actividades operativas de la sociedad BAVARIA S.A., específicamente para el cargo de montacarguistas o autoelevadores, acreditándose por demás que las funciones inherentes a ese cargo son permanentes y necesarias para el desarrollo del objeto social de la única y verdadera empleadora como lo fue declarado en derecho por el JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE ZIPAQUIRÁ, en este aspecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1170-2017, rad. 45951, reiterada en CSJ SL13918-2017 rad. 51429, precisó que: “En efecto, contrario al alcance que el tribunal dio en su sentencia a la normativa citada, cumplido el plazo legal de seis (6) meses, más la prórroga que autoriza el párrafo del artículo 13 del Decreto 24 de 1998, el banco usuario no podía prorrogar el contrato inicial, ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales, para la prestación del servicio a cargo de la demandante, pues al exceder los precisos términos de temporalidad establecidos por el legislador, socavó la legalidad y la legitimidad de esa forma de vinculación laboral de aquélla, convirtiéndose en su verdadero y directo empleador. De la anterior manera explicó esta Sala de la Corte el tema del límite cronológico de la vinculación de trabajadores en misión y de las consecuencias de su transgresión, en la SL17025-2016, radicación 47977, del 16 de noviembre de 2016, debiéndose recordar que tanto la normativa que se viene comentando, como la jurisprudencia, procuran salvaguardar el trabajo permanente y evitar que el trabajo en misión, a través de empresas de servicios temporales, sea utilizado de manera abusiva por empleadores que pretendan implementarlo para realizar actividades que están por fuera de los específicos supuestos de hecho de los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.” (Negrilla y cursiva fuera del texto original), Por lo anterior y conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia se exige un respeto y unas garantías mínimas para los trabajadores en el marco de una relación laboral, lo que supone que el trabajo esté dotado de una vocación de permanencia o continuidad mientras no varíe el objeto de la relación, sobrevenga una circunstancia que haga nugatorias las obligaciones reconocidas a los sujetos de la relación o aparezca una justa causa de despido, lo cual en el presente caso brilla por su ausencia por cuanto como fue argumentado en el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia la consecuencia inmediata de declarar la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre mi representado con la empresa BAVARIA S.A., es su vinculación directa y no la ruptura de la relación laboral, máxime cuando dicha la terminación del contrato de trabajo se llevó a cabo por AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS y no por la verdadera EMPLEADORA, por lo cual dicha determinación NO produce efectos frente al contrato realidad declarado por sentencia judicial. Con fundamento en lo anterior solicito en este tópico se REVOQUE la sentencia de primera instancia para en su lugar ordenar la vinculación directa del señor EDWIN RODRIGO CASAS RUIZ con la sociedad BAVARIA S.A., con todas las consecuencias jurídicas que esto conlleva tales como el reconocimiento y pago de todos los derechos laborales dejados de percibir. 2. EN CUANTO

A LA NIVELACIÓN SALARIAL Y LA CORRESPONDIENTE RELIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES. En consonancia con lo que se ha venido exponiendo Honorables Magistrados, téngase en cuenta que en este aspecto se incurre en una desacertada valoración probatoria por parte del Fallador de Primera Instancia, por cuanto se acreditó con la declaración clara y contundente del testigo OMAR EDUARDO MARTINEZ APARICIO que dentro de la estructura de la verdadera empleadora BAVARIA S.A., si se tiene considerado el cargo de OPERARIO DE AUTOELEVADOR el cual es equivalente al cargo de OPERADOR DE MONTAGARGAS, y siempre se ha reconocido un salario muy superior al que se le pagaba al señor EDWIN RODRIGO CASAS RUIZ por la prestación de sus servicios con las mismas funciones, tan es así que se acreditó como punto de referencia para determinar el desequilibrio salarial dentro del proceso la CONVENCION COLECTIVA celebrada por la demandada en la cual queda más que claro que el salario establecido para dicho cargo es mucho más cuantioso que el que se le cancelaba a mi prohijado, en este sentido la Corte Suprema de Justicia Sala de Descongestión Laboral No 4., Magistrada Ponente Ana María Muñoz Segura, en sentencia SL2032-2019, Radicación No 58879, dispuso: “Con todo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 reiterada en providencia CSJ SL4337-2018, la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7° de la Ley 1496 de 2011 -según la cual «[...] todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación»-; la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva. Así las cosas, el empleador está llamado a justificar las presuntas diferencias que se evidencien respecto de la labor que dos trabajadores realicen en similares condiciones, no sólo desde la expedición de la Ley 1496 de 2011 sino desde la redacción original del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el principio adoptado de antaño por la Corte relacionado con la carga dinámica de la prueba. Ello, no obstante, no supone que el interesado esté relevado de demostrar inicialmente la situación que reputa discriminatoria, para poder dar paso con ello, a las justificaciones que deba asumir el empleador.” Por lo cual y conforme fue argumentado en la exposición del recurso de apelación en aplicación de la institución jurídica de la carga dinámica de la prueba, la entidad BAVARIA S.A., estaba en la obligación de acreditar las razones de la diferenciación salarial, carga probatoria con la que no se cumplió máxime cuando este extremo procesal con la declaración testimonial surtida en la etapa probatoria y los demás medios de prueba acreditó los indicios generales como el cargo, funciones y la desigualdad salarial injustificada del señor EDWIN RODRIGO CASAS RUIZ, luego entonces al no mediar ninguna prueba siquiera sumaria que acredite alguna razón o causal objetiva de la diferenciación salarial forzoso resulta aplicar lo dispuesto en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo ordenando la reliquidación de todos los salarios, vacaciones y prestaciones sociales de mi representado.”

La apoderada de AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS ASL presentó escrito de alegatos en el cual manifestó:

“El demandante pretende en este proceso la declaración de un vínculo contractual, con una empresa diferente, en la cual mi representada no tiene injerencia alguna, y de la cual no podemos dar fe si existió o no una relación contractual, por cuanto solo podemos probar el vínculo que existió con mi representada, desde el 12 de junio de 2015 hasta el 08 de julio del 2018, vínculo que nunca ha sido desconocido por nuestra parte. Se debe considerar Honorables Magistrados, que el aquí demandante se encontraba bajo la total subordinación de mi representada, toda vez que él debía cumplir con turnos de trabajo, los cuales eran programados y debidamente divulgados con antelación, se ejercía facultad disciplinaria, muestra de ello dentro del proceso obra Acta de diligencia de descargos de fecha 04 julio de 2018, era quien autorizaba las vacaciones tras la respectiva solicitud por parte del demandante, era quien entregaba la respectiva dotación, EPP, realizaba el pago de salarios y de aportes a la seguridad social, entre otros. Debemos tener en cuenta, que el legislador mediante el decreto 736 de 2014 contempla el término y conceptúa la logística como “La logística articula la infraestructura física y los servicios asociados a ésta utilizando sistemas de información especializados. Corresponde a la manipulación de bienes y servicios que requieren o producen empresas o consumidores finales, para el transporte, almacenaje, aprovisionamiento y/o distribución de mercancías.”; concepto que señala que nuestra actividad es independiente y se encuentra dentro de todo margen legal. Teniendo en cuenta lo anterior, con esta disposición se faculta a mi representada para que en desarrollo de su objeto social y en cumplimiento de los contratos comerciales suscritos con diferentes clientes por concepto de almacenamiento, rotación de inventario, despacho, alistamiento, etc, entre las que se encuentran no solo empresas como Bavaria S.A sino que también existen contratos vigentes con Recamier, JGB, Sucroal, Tecnoplast., entre otras, realice sus propios procesos de selección en los cuales ningún cliente tiene injerencia, quedando así mi representada con el poder subordinante de sus condiciones laborales, lo que implica el ius variandi, facultad disciplinaria, para realizar rotación del personal, y finalizar relaciones laborales de acuerdo a la necesidad de la operación para la que se asigne a cada colaborador. Así mismo, Honorables Magistrados, la seguridad y salud en el trabajo, no es negociable, ni un hecho imputable de seguridad de nuestros clientes, que no son más que las exigidas por el legislador, tales como; el ingreso al centro de distribución con cierto tipo de calzado, si se va a realizar alguna

*actividad dentro del depósito o dentro la operación se debe cumplir con los elementos de protección personal (Botas, Casco, chaleco, Gafas y Guantes) no se permite el uso de los teléfonos celulares, hablar por el teléfono celular en puntos específicos, el uso de las cebras peatonales, lo anterior según Resolución 1295 de 1994. Es importante resaltar el derecho reconocido por la Constitución Política en su artículo 333 de libertad económica y de empresa, con el que se establece que el empleador puede organizar la empresa de acuerdo a sus necesidades sin estar sujeta a un lugar físico, o a personas naturales, ya que esta libertad de empresa le permite un desarrollo mediante personas jurídicas, garantizando una libertad contractual, lo que implica capacidad de celebrar acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de su actividad económica. Como empresa independiente, con autonomía tanto financiera, administrativa, técnica, en función de dar cumplimiento a los contratos comerciales suscritos con nuestros clientes, es necesario la prestación de un servicio de calidad, lo que implica contar con personal altamente calificado para el desarrollo de las funciones encomendadas, lo que en ocasiones conlleva a contratar personal que ya ha estado vinculado en las operaciones a desarrollar. Quiero recordar Honorables Magistrados, que en el contrato de trabajo que libremente y sin vicios de consentimiento firmó el demandante, quedó especificado el salario que devengaría por el cumplimiento de sus funciones, las cuales siempre fueron cumplidas a cabalidad por mi representada, hasta la fecha en la que finalizó el vínculo contractual, con la que se le pago en debida forma su correspondiente liquidación de prestaciones sociales...”*

Por su parte el apoderado de BAVARIA S.A. presentó escrito de alegatos en el que manifestó

*“...A través del presente escrito, comedidamente solicito a los honorables magistrados se sirvan REVOCAR en todo lo desfavorable a los intereses de mi representada, la sentencia de primera instancia proferida el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá. FUNDAMENTOS. Está acreditado en el expediente, que el demandante estuvo vinculado con la Agencia de Servicios Logísticos S.A. – ASL S.A.- desde el 12 de junio de 2015 a 8 de julio de 2018, tal como lo reconoce la accionada, y como no lo pudo desconocer el demandante, aunque al absolver las respuestas al interrogatorio de parte el demandante a través de todos los medios pretendió desviar la atención del Juzgado al indicar que sólo recibía órdenes de unos ingenieros de Bavaria, no pudo desconocer las documentales que acreditan certificaciones que reposan en el plenario, los comprobantes de pago de salarios, aportes a seguridad social, entre otros, que demuestran quien ejercía verdaderamente la subordinación. Las declaraciones de los testigos en el presente proceso son parcializadas y sólo pretenden favorecer al demandante, ya que resulta por decirlo menos insólito que lo hubieran visto trabajando todo el tiempo “para Bavaria”, y sin interrupción, cuando no es cierto, porque no detallan circunstancias de modo, tiempo y lugar, pues era tan cierta su “cercanía”, no quedó plenamente acreditadas las actividades presuntas que eran impuestas por los “ingenieros” de BAVARIA. Lo único que quedó plenamente demostrado, es que el demandante laboró para ASL bajo subordinación jurídica de esa compañía con total autonomía administrativa y financiera, que recibía órdenes de sus superiores jerárquicos también trabajadores de esa empresa, que era quien le pagaba salarios, prestaciones sociales, realizaba aportes a seguridad social, y quien al finiquito de la relación laboral le pagó las prestaciones sociales pertinentes. NO QUEDÓ ACREDITADO el presunto contrato realidad con mi defendida. En subsidio de lo anterior, insisto en que sólo si se llegare a establecer que el actor laboró para mi defendida durante el tiempo que estuvo vinculado con ASL, es decir, hasta el 8 de julio de 2018, de toda maneras la terminación laboral que hizo esa compañía es un acto válido de un representante del empleador, así como el pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos, lo que conduciría a que se declare la excepción de compensación respecto de las sumas de dinero sufragadas por ASL al demandante, incluidas las prestaciones sociales y demás emolumentos entregados al finiquito del contrato de trabajo.”*

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la demandada BAVARIA S.A., pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación.

La controversia resulta en determinar si entre el demandante y BAVARIA S.A., se configuraron los elementos del contrato de trabajo.

El artículo 23 del CST, consagra los elementos esenciales del mismo, tales como la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia, y el salario; respecto a la subordinación y dependencia, se debe advertir que el artículo 24 del CST, consagra la presunción consistente en que *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido. Igualmente, se debe tener en cuenta el artículo 53 de la CP, que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación de trabajo, por lo tanto el juez debe tener en cuenta lo que se deriva de la realidad, de los hechos, sobre lo consagrado por las partes en documentos.

En el presente asunto, se señala en la narración de hechos de la demanda, que el accionante el 12 de junio de 2015 se vinculó con la empresa BAVARIA S.A. a través de AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A., de varias empresas intermediarias, para desempeñar el cargo de “montacarguista o auto elevador”, mediante contrato de trabajo a término indefinido, recibiendo órdenes de empleados directos de BAVARIA S.A., devengando como salario \$1.200.000; que cumple funciones con la maquinaria de propiedad de BAVARIA en la labor de montacargas que es permanente en la empresa y cumpliendo horario diario en sus instalaciones; por lo que pretende se declare que realmente existió un vínculo laboral con la sociedad BAVARIA S.A. y que debe devengar el salario que la accionada tiene establecido para los trabajadores de BAVARIA S.A. que desempeñan el mismo cargo.

Por su parte BAVARIA S.A. negó la existencia de vínculo alegado que el demandante nunca ha sido trabajador y mucho menos ha estado subordinado, que únicamente celebró con la empresa AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS ASL contrato de prestación de servicios y que esa empresa desarrolló plenamente las actividades como contratista independiente y que sería esta la que eventualmente debe

asumir el pago de los rubros que hubiesen podido quedar adeudando al actor, ya que este fue su trabajador.

Si bien legalmente es factible que se contrate con terceros la realización de algunas actividades atinentes al proceso de producción de una compañía, atendiendo el principio de libertad económica consagrado en el artículo 333 de la CP, así como con EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES dentro de la cadena productiva empresarial; también se debe observar el cumplimiento de las especificaciones y particularidades que conlleva dicha práctica; pues de no ser así, respecto a la relación de aquellas personas que contrata el tercero o EST, se puede colegir que se está frente a una intermediación laboral o una intermediación laboral indebida, en detrimento de los intereses y derechos de los trabajadores; circunstancias que convertirían al tercero en simples intermediarios, de conformidad con lo señalado en los artículos 35 del CST, 77-3 Ley 50 de 1990 y 6° Decreto 4369 de 2006, respectivamente, al tenerse dicha contratación eventualmente como fraudulenta.

Sin embargo, ello se da, en el caso de los terceros cuando se demuestra que el cliente es el dueño de los medios de producción (maquinaria e instalaciones), en los que deben operar los trabajadores del tercero especializado, que aquel está ejerciendo mando y dando órdenes sobre los trabajadores de la empresa que hace la tercerización; que el tercero especializado no tiene independencia económica, pues depende del cliente; y éste –el cliente- determina a que trabajador en particular se contrata o desvincula, siendo “presuntamente” empleados del tercero especializado, circunstancia que también desvirtúa esa autonomía administrativa con la que debe actuar el tercero especializado y; frente a las EST cuando las actividades no son de aquellas ocasionales, accidentales o transitorias conforme el artículo 6 del CST, o para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, ni para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de

servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (numerales 3°, arts. 77 Ley 50 de 1990 y 6° Decreto 4369 de 2006).

Revisados los medios de prueba decretados y practicados en el proceso, encuentra la Sala que el demandante absolvió interrogatorio de parte, en el cual negó ser trabajador de ASL S.A. y por el contrario manifestó que lo contrató BAVARIA S.A., que la inducción para trabajar la recibió DIDIER MORA quien es trabajador de BAVARIA, que el contrato terminó el 8 de julio de 2018 sin justa causa, negó recibir órdenes de personal de ASL S.A., que fue llamado a descargos por orden del ingeniero DIDIER MORA, no recuerda a la persona de nombre NESTOR que se indica en esa diligencia de descargos, que tal vez era algún operario de la empresa BAVARIA. Como puede observarse, no se obtuvo confesión en los términos del artículo 191 del CGP, por lo que lo narrado se tomará como declaración de parte y será valorada de acuerdo con las reglas generales de la apreciación de los medios de prueba. No sobra reiterar que conforme al numeral segundo de la norma citada el dicho de la parte solo tiene la connotación de confesión en cuanto afirme hechos que le produzcan consecuencias jurídicas adversas o favorezcan a la parte contraria.

En diligencia de interrogatorio de parte, el representante legal de BAVARIA S.A. sobre el contrato celebrado con ASL manifestó: *“entre BAVARIA S.A. y ASL en virtud de una licitación de contratación para una prestación de servicios de operación logística en las diferentes plantas del país, se celebró un contrato de prestación de servicios de operación logística en virtud de la cual la empresa ganadora en los eventos que ganó ASL prestaba unos servicios de operación logística entre ellos en la planta de Tocancipá, servicio de operación logística que consistía básicamente en desarrollar de manera autónoma con autonomía financiera, administrativa, presupuestal unos servicios específicos y determinados en el contrato que era básicamente el cargue y el descargue de los camiones de los diferentes distribuidores que tenían contrato de prestación de servicio de transporte con Bavaria en la sede entre ellas de Tocancipá, básicamente el cargue y el descargue de los distribuidores que ingresaban a la planta para devolver los productos, las canastas vacías, recoger el producto lleno para salir al mercado de los carros de los diferentes distribuidores que prestaban el servicio de transporte.”* Respecto de la necesidad del cargo de montacarguista para desarrollar el objeto social de BAVARIA S.A. indicó: *“Bueno, el cargo de montacarguista no existe en Bavaria, no existe ningún empleado de Bavaria de manera directa que realice el cargo de montacarguista. en la convención colectiva y en el pacto colectivo por*

un acuerdo entre las partes negociadoras, esto es, los sindicatos en su momento cuando se negocia la convención colectiva de trabajo o los trabajadores designados por el personal de planta que se negocia el pacto colectivo, que son muy afines el pacto y la convención, ellos se pactan algunas cláusulas contractuales referente a los cargos que eventualmente podrían ser prestados de manera directa por personas o contratados a través de terceros, este cargo de montacarguista no existe ni ha existido en Bavaria, el cargo que más se asemeja es el cargo de auto elevador que si bien es cierto figura y aparece en la convención colectiva de trabajo y en el pacto colectivo aproximadamente desde el año 2005 - 2006 no se presta de manera directa dado que por no ser una actividad necesaria y obligatoria para el objeto social de la empresa se viene contratando a través de terceras personas, empresas que prestan servicio, la prestación del servicio de operación logística, ellos por cuanto la operación de cargue y descargue de los distribuidores que sacan el producto a la calle y llevan las canastas a la empresa se hace muy dispendioso hacerlo en una locación diferente a la planta y para tener un mayor control y un mejor manejo de la distribución de estos productos pues se contrata en la planta de servicios se contrata el servicio de operación logística en apoyo a los diferentes distribuidores con los cuales la empresa tiene contrato de servicios de transporte, repito para realizar el cargue y descargue de los productos y de las canastas y envases que retornan los distribuidores que también son personas terceras a la planta para sacar un producto al mercado o ingresar también canastas y envases, repito, a la planta, básicamente es una operación logística que se maneja a través de terceros tanto la distribución como la operación logística para hacer mejor operativo la distribución de los productos de la empresa.” Que si bien el cargo de operario de auto elevador se encuentra contemplado en la convención colectiva, aclaró que “este cargo como algunos otros se negocia en la medida en que eventualmente y si mal no recuerdo en pretéritos años antes del 2005 - 2006 la empresa pudo haber tenido este tipo de empleados con este tipo de funciones, en la medida en que ese cargo no se volvió a hacer de manera directa y se contrata con terceros, repito esto es un acuerdo entre las partes que negocian la convención colectiva y la empresa y se ha mantenido el cargo de auto elevador con un salario asignado, para tenerlo en cuenta en la medida que la empresa pueda contratar de manera directa ese servicio, mientras esté contratado de manera indirecta o por prestación de servicios a través de terceras personas pues simplemente las partes acuerdan mantener el cargo con una asignación mensual por si se vuelve a presentar de manera directa.” Al preguntársele si DIDIER MORA y ENRIQUE DAZA son trabajadores de BAVARIA S.A., contestó que sí y que actualmente se encuentran vinculados.

Se recibió el testimonio de OMAR EDUARDO MARTINEZ APARICIO, solicitado por la parte demandante, quien afirma que fue compañero del accionante, lo conoce desde mediados del año 2015, que el demandante desempeñó el cargo de montacarguista, en el cual sus funciones fueron: “consistía en alimentar líneas de producción, sacar producción en los sitios, todo lo relacionado con la producción de cervezas, maltas y refrescos que produce la empresa Bavaria.” Que en el ejercicio de esas funciones recibía

órdenes directas de personal de Bavaria y al preguntársele qué trabajadores de Bavaria impartían esas órdenes contestó: *“estaba el ingeniero Didier o el Ingeniero Enrique, cuando ellos no estaban el que mandaba ahí era el operario de la palet que también es de Bavaria, pero en general los líderes o ingenieros, eran los ingenieros Didier Mora y Enrique Daza”*, Lo relatado sobre las órdenes le consta porque fueron compañeros de trabajo en líneas de producción y compartieron turnos de trabajo. Sobre las órdenes que daban los trabajadores de Bavaria, relató: *“ellos eran los que digamos como ellos son los directos encargados entonces ellos eran los que sabían cuando iba a haber un corte, cuando iban a cambiar de producto, entonces qué salían, por favor necesito que me cambien, vamos a cambiar de producto, no me eche más envase de este, por favor vamos a cambiar a águilas de 50, entonces ellos eran los que estaban ahí pendientes de darnos las órdenes para así mismo ellos no tuvieran problemas en su línea de producción, entonces las órdenes directas todo el día digamos el montacarguista va de la mano con ellos, es quien les alimenta la línea, si les mete una estiba mal o trocada, mejor dicho se para todo eso allá.”* Que, el demandante desempeñaba las funciones en tres turnos de 6 de la mañana a 2 de la tarde, de 2 de la tarde a 10 de la noche y de 10 de la noche a 6 de la mañana, ocasionalmente realizaba turnos de 12 horas y que esos turnos rotaban. Cuando se le preguntó quién hacía la programación de los turnos informó: *“como lo dije anteriormente era por áreas digamos que en el caso del señor Rodrigo que él siempre estuvo ahí en líneas de producción, él manejaba los tres turnos, allá existe una cartelera en cada área, allá colocan el siguiente turno que le corresponde a cada operario con el número de máquina y para la línea que va a trabajar la siguiente semana, de por sí eso se quedaba usted hasta 6 meses en una sola línea o 3 meses y así iba rotando, rotando de línea en línea o si lo sacaban de ahí, pero el señor Rodrigo siempre estuvo ahí en líneas. Esa programación la colocaban ahí los fines de semana, digamos que eso era como, qué hacía uno? pues ir y mirar la programación y listo.”* Agregó que el demandante para salir *“tenía que avisarle a la persona encargada de la línea, al team líder o sea o el operario de la palet, que se iba a retirar o que tenía permiso para que el pidiera un reemplazo porque ahí no se puede dejar sin montacarga.”* Aclaró que quienes desempeñan el cargo de team líder o de operario de palet son trabajadores de Bavaria y que en los turnos de los montacarguistas no había supervisores de ASL. Se le preguntó quién era el supervisor del demandante a lo que contestó: *“cada línea de producción tiene un líder, por ejemplo, la línea 1 está el ingeniero Didier Mora y el Operario Luis Carlos Martínez digamos así, que es un operario que manipula la maquina donde se arruma y se desarruma el producto.”* que la relación laboral del actor terminó a mitad del año 2018 por cambio de intermediario.

Al proceso se incorporaron los siguientes documentos: (i) contrato de trabajo celebrado entre el demandante AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS ASL S.A. el día 12 de junio de 2015, en virtud del cual fue vinculado para desempeñar el cargo de MONTACARGUISTA EN BAVARIA (fls. 30–35), (ii) otro sí por medio del cual se convino como salario la suma de \$1.200.000 a partir del 15 de septiembre de 2015 (fls. 36–37); (iii) comprobantes de nómina que dan cuenta del pago de salarios por (fls. 39–41); (iv) copia de la comunicación por medio de la cual se dio por terminado el contrato del demandante el 8 de julio de 2018 por la finalización del vínculo contractual con BAVARIA S.A. (fl. 288); (v) CONTRATO DE OPERACIÓN LOGÍSTICA No. CT 2017-94 celebrado el 4 de julio de 2017 entre BAVARIA S.A y AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A. ASL S.A., el cual tuvo como objeto “... EL OPERADOR LOGÍSTICO, obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica, administrativa y directiva, se obliga a prestar a LA EMPRESA el servicio de operación logística de Productos y Empaques (tarifa servicio operación logística). Adicionalmente se obliga a prestar el servicio de trasiego de botellas, reempaque de productos, aseo de CD, cargue y descargue manual de vehículos terrestres o marítimos, cargue y descargue, revisión de envase o producto terminado, alistamiento de los productos para exportaciones, reparación de estibas, servicio dominical, remonte y desmonte de vehículos de distribución, apoyo en la generación de tornaguías y muestreo de envase (tarifas de servicios adicionales), todos estos donde aplique”. (fls. 168 -186), (vi) MODIFICACION AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE MONTACARGAS Y SERVICIOS COMPLETO DE MANTENIMIENTO No. CT F15-000175 celebrado por ASL entre otras sociedades con DISTOYOTA (fls, 187 - 190).

De los medios de prueba enunciados, analizados en conjunto atendiendo la libre formación del convencimiento como lo establece el artículo 61 CPTSS, permite inferir que si bien el actor suscribió contrato de trabajo con ASL S.A., prestó servicios en las instalaciones de BAVARIA S.A. en Tocancipá, en el cargo de MONTACARGUISTA, recibiendo órdenes de trabajadores de la empresa, de conformidad con lo señalado por el testigo OMAR EDUARDO MARTÍNEZ APARICIO, quien relató tal situación por cuanto le consta directa y personalmente, dado que también prestaba servicios en dicho lugar, fue compañero del accionante y compartieron turnos de trabajo, indicando las razones de su testimonio y sin ninguna dubitación. Que la vinculación se dio a través de AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS ASL S.A., en el cargo de MONTACARGUSITA, de acuerdo con la información que reposa en la certificación expedida por ASL (fl. 29, 143), en el

contrato de trabajo (fls. 30 – 35 y 144 - 149), así como del PERFIL Y DESCRIPCION DEL CARGO en el que se indica que el cargo es de MONTACARGUISTA SENIOR TOCANCIPA (fls. 265 – 267).

Se puede colegir además que si bien documentalmente se encuentra en el contrato celebrado para la prestación de servicios de operación logística entre BAVARIA como empresa cliente y AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A. como contratista (fls. 167–186), descritas y discriminadas las obligaciones de cada parte, en aras de no vulnerar principalmente aquellos derechos de las personas que le prestan los servicios al contratista; también se advierte que solo quedó plasmado en el contrato, pues al ejecutarse los contratos de operación logística, BAVARIA olvidó que no debía existir intromisión o injerencia de su parte respecto de aquellas obligaciones a cargo del tercero contratista; pues tal como lo evidenció la juez *a quo*, la accionada intervino en la ejecución de dichos contratos, que desdibujó los convenios celebrados hasta el punto de convertirla en la verdadera empleadora del actor.

Ello es así, como quiera que esa libertad y autonomía que debía gobernar la actuación de la contratista ASL S.A. como operador logística, no se vislumbra por ninguna parte, ya que en dichos contratos se plasmó *“EI OPERADOR LOGÍSTICO se obliga a cumplir las políticas y procedimientos establecidos por LA EMPRESA...”*; que además *“en el evento en que LA EMPRESA evidencie incumplimiento de sus políticas de seguridad internas, podrá impedir el ingreso de terceros a las instalaciones de CD incluyendo al personal del OPERADOR LOGÍSTICO”*; además las órdenes eran impartidas por personal de la empresa cliente, evidenciándose la intervención de BAVARIA en la ejecución de las labores contratadas, determinando la forma de su realización, etc.; pues es lo que se colige de lo declarado por OMAR EDUARDO MARTÍNEZ APARICIO; que da cuenta que quienes le impartían órdenes al demandante eran los ingenieros de BAVARIA S.A.; desprendiéndose de tal situación una subordinación de los trabajadores del contratista o tercero frente a la empresa cliente; aspectos que no fueron desvirtuados por la parte accionada; coligiéndose, como ya se indicó una injerencia o intromisión de BAVARIA S.A. en los asuntos de ésta.

De otra parte, la vinculación del actor a través de la empresa contratista ocultando la verdadera relación laboral de éste con BAVARIA S.A., donde ese tercero o contratista se tienen como simple intermediaria; pues como atrás se dijo, quien actuó como empleador del demandante y tercero contratista -ASL S.A.-, no cumplían con esa autonomía técnica y directiva; no ejecutó la labor contratada con sus propios recursos y medios; hubo injerencia o intromisión de BAVARIA S.A. en el manejo del recurso humano de esta empresa, lo que lleva a tener a BAVARIA S.A. como verdadero empleador del demandante.

Hay que resaltar que si bien la accionada admite que entre ella y ASL S.A. existía una relación de tipo comercial, como lo acreditó con el contrato que aportó de folios 168 a 186, y el contrato para el arrendamiento de montacargas entre DISTOYOTA y ASL S.A. (fls.207–215); tales documentos solo acreditan la forma en que se estructuró la relación tripartita existente entre las partes, pero no como la misma se desarrolló en la realidad de los hechos. De igual manera, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación de trabajo, consagrado en el art 53 de la CP, el juez debe darle primacía a los que se deduce de la realidad y no de las formas, es decir, documentos presentados por las partes.

De otro lado, se reitera, la supuesta autonomía de ASL S.A. en la contratación no se acreditó dentro del proceso, pues lo evidenciado es que el demandante prestaba servicios personales en las instalaciones de la planta BAVARIA S.A. Tocancipá a través de ésta empresa sin embargo, nótese como el testigo OMAR EDUARDO MARTÍNEZ APARICIO, quien fue compañero de trabajo del actor durante la vinculación laboral y realizaba la misma actividad de éste, manifestó que el actor fue trabajador de BAVARIA S.A., porque recibía órdenes e instrucciones de los ingenieros de dicha sociedad, quienes se encontraban directamente vinculados a ella.

En ese orden, lo demostrado en el proceso es que la empresa que actuaba como empleador del actor y tercera contratista de la aquí demandada, no cumplían con

esa autonomía técnica y directiva; hubo injerencia o intromisión de BAVARIA en las decisiones del contratista, constituyéndose ésta en verdadero empleador del accionante y y que la AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS ASL S.A. tuvo la calidad de intermediario de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del CST.

Finalmente, y sobre la citación a diligencia de descargos que realizó ASL al demandante (fl. 277), esta circunstancia no puede tenerse como evidencia de que quien ejercía subordinación era esta entidad, pues al declararse que ésta tuvo la calidad de intermediario, tenía también la facultad de representar al verdadero empleador en los términos del literal b) del artículo 32 del CST.

De acuerdo con lo anterior se confirmará la decisión de primera instancia en este punto, que llegó a igual conclusión.

Sobre el primer punto de inconformidad de la parte demandante en el recurso de apelación, en el que se refiere a que el demandante debe ser mantenido en el cargo por haber desempeñado el cargo por más de dos años, lo que desvirtúa la temporalidad del mismo y por el contrario lo que se advierte es su vocación de permanencia, debe tenerse en cuenta que el demandante fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido y no bajo los supuestos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, esto es, para reemplazar personal en vacaciones o en uso de licencia, para realizar actividades ocasionales, accidentales o transitorias, para incremento de producción, para ventas de productos o mercancías y tampoco fue vinculado a través de una empresa de servicios temporales. Ahora bien, se advierte que si el contrato fue terminado por la sociedad ASL respecto de la cual se declaró que tuvo la calidad de intermediaria, era posible que terminara el contrato de trabajo, pues como ya se dijo, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 32 del CST es un representante del empleador, por lo que la comunicación de finalización del contrato goza de plena validez y surtió efectos. Nótese además que el mismo demandante aceptó en el interrogatorio de parte que el contrato finalizó el día 8 de julio de 2018.

En consecuencia, se confirma la decisión de la juez de declarar la existencia del contrato entre el demandante y BAVARIA S.A. entre el 1 de abril de 2015 y el 8 de julio de 2018.

Respecto de la nivelación salarial y que es el segundo punto de inconformidad de la parte demandante con el fallo de primera instancia, la petición tuvo como fundamento que los trabajadores de BAVARIA S.A. que desempeñan el mismo cargo del demandante y en el recurso afirma que con la declaración de Omar Martínez se demostró la diferencia salarial, la que concuerda con la convención colectiva que se allegó al proceso.

Considera la Sala que bien el testigo en su declaración manifestó *“en la empresa Bavaria existe una convención colectiva y existe un pacto colectivo, en ambas situaciones está plasmado el puesto de operario de montacargas y está el salario en estos momentos diario de \$91.017 es decir que el salario está en estos momentos en \$2.900.000 aproximadamente.”*, lo cierto es que en el proceso no se incorporó la convención colectiva de trabajo que establece el salario indicado por el declarante, además el salario que afirma en la declaración no concuerda con el salario asignado en el pacto colectivo vigente para los años 2015 – 2017, en el cual se fijó para el cargo de OPERARIO AUTOELEVADOR el salario de \$77.567 (fl. 328).

Ahora bien, la juez de primera instancia resolvió no dar aplicación al pacto colectivo porque el demandante se afilió a organizaciones sindicales, por lo que considera la Sala oportuno recordar que si bien el artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la empresa y los trabajadores no sindicalizados pueden celebrar pactos colectivos que solo se aplican a quienes los suscriben o adhieren a ellos, no debe olvidarse que la existencia del pacto colectivo no puede alterar la aplicación del principio a la igualdad, tal como lo establece el artículo 61 del Decreto 1469 de 1978 que señala: *“Tampoco la existencia del pacto colectivo podrá alterar la aplicación del principio según el cual a trabajo igual desempeñado en puesto jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual.”*

Sobre la aplicación de beneficios de pactos colectivos a trabajadores sindicalizados, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en

sentencia No. SL 856-2013, expuso:

*“...Conforme al ordenamiento jurídico que comprende desde el bloque de constitucionalidad, se concluye que ciertamente, según el artículo 481 del CST, el pacto colectivo es aquel acuerdo celebrado entre el empleador y sus trabajadores no sindicalizados, pero el trabajador beneficiario de un pacto colectivo no pierde de inmediato el derecho a seguir gozando de tales prebendas por el solo hecho de fundar o afiliarse a un sindicato, en razón a que no puede sufrir un perjuicio por ejercer el derecho de asociación sindical.*

*(...) Ciertamente el artículo 481 establece que los pactos colectivos solo se aplican a los que los suscriban o se adhieran posteriormente a ellos; y el artículo 467 aplicable a los pactos colectivos por remisión de aquel señala que los pactos fijan las condiciones de los contratos de trabajo durante su vigencia, por lo que estos se entienden incorporados a los contratos de trabajo; sin embargo, esto no implica que la incorporación de los derechos del pacto al contrato de trabajo se tornen en cláusulas pétreas, pues si el trabajador libremente opta por acogerse a los beneficios convencionales, ya no hay razón para seguir gozando de los efectos del pacto colectivo, ya que cuenta con los mecanismos propios de los sindicalizados para mejorar sus derechos laborales.*

*Dicho de otro modo, para el caso del sublite, el trabajador convertido en sindicalizado seguirá beneficiándose del pacto que ha suscrito, o al cual se ha adherido, hasta tanto se beneficie de la convención colectiva”.*

Respecto de la aplicación del pacto, se advierte que en la demanda se indicó que el actor no se adhirió al pacto colectivo toda vez que fue contratado por un tercero y por esta razón no estaba facultado para ello (hecho #28), por lo que no es posible concluir que el actor fuese beneficiario de esta normatividad, máxime si se tiene en cuenta que ésta dispuso de manera expresa en la cláusula segunda que el pacto se aplicaría únicamente a quienes lo suscriban o se adhieran posteriormente (fl. 294). No obstante, si en gracia de discusión el demandante hubiere presentado solicitud de adhesión al pacto colectivo, tampoco podría tomarse como salario el indicado por la parte demandante, esto porque el pacto colectivo al señalar los salarios establece topes máximos que incluyen porción fija más variable (art. 63), por lo que no es posible concluir que la suma indicada en el pacto sea el salario fijo asignado para el cargo, pues se repite, la norma se refiere a la porción fija y a la variable, por lo que el valor a reconocer por salario dependerá de las jornadas que labore el trabajador, que tampoco fueron demostradas en el proceso. De otra parte, el demandante tampoco demostró que otros trabajadores de la empresa desempeñaran las mismas funciones que él desarrolló, nótese que el testigo Omar Martínez se refirió únicamente al salario devengado por el operario de montacargas que es diferente al de montacarguista para el cual fue vinculado el actor y tampoco se refirió que ese cargo tuviera las mismas funciones que éste desarrolló.

En respaldo de la anterior decisión, se cita la sentencia proferida por esta Corporación dentro del proceso 258990310500120170017801, en la que se expuso:

*“En cuanto a la aplicación del pacto, debe señalarse que no se acreditó que el demandante fuera beneficiario del pacto colectivo de trabajo, por cuanto no aparece demostrado que haya suscrito el mismo, o que con posterioridad se haya adherido a él, a lo que se suma que dicho instrumento dispuso de manera expresa que se aplicaría solamente a los que “lo suscriban o se adhieran a él posteriormente” (pág. 229-268 archivo PDF 1).*

*En ese sentido, no es posible tener que el salario del demandante para el año 2020 era de \$3.050.000, máxime cuando tal circunstancia no se acreditó dentro del expediente, y si bien los testigos William Guzmán Garavito Torres y Gabriel Moreno Álvarez manifestaron que ese era el salario del montacarguista o autoelevador para ese año, esa información la dieron de la conclusión que sacaron de la lectura del pacto colectivo, sin embargo, como ellos mismos lo aceptan, ninguno de los dos, ejercía el cargo de montacarguista para el año 2020, pues según lo manifestaron, esa función la realizaron hasta 2015 y 2014, respectivamente, de manera que no les puede constar en realidad cuál era el salario de ese cargo para la fecha de la finalización del vínculo del actor.*

*Y si en gracia de discusión se aceptara que el actor es beneficiario del pacto colectivo, de todas formas no habría lugar a tener como salario el referido por el apoderado en su recurso, por cuanto los topes salariales que se establecieron en el citado pacto colectivo, fueron máximos e incluyen tanto la porción fija más la variable y además sujeto a desempeño, de donde puede deducirse que no es dable interpretar esa estipulación como hace el demandante que entiende que se trata del salario fijo y mínimo por pagar; la norma contractual señala el máximo que puede devengar el que desempeñe el cargo aludido, y como se refiere a salario fijo como variable es dable deducir que el monto definitivo está en relación con las jornadas que desempeñe el trabajador, lo que aquí tampoco se demostró. “MP EDUIN DE LA ROSA QUESSEP*

De acuerdo con lo anterior, se confirma la decisión de primera instancia que absolvió de la petición de nivelación salarial y la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Agotado el temario de apelación, se confirmará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia, al no encontrarse causadas.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

- 1. CONFIRMAR** la sentencia proferida el 7 de octubre de 2020 por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, dentro del proceso ordinario laboral

promovido por EDWIN RODRIGO CASAS RUIZ contra BAVARIA S.A. Y AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A., conforme lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

**2. SIN COSTAS** en esta instancia.

**LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA SENTENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,**



**JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**  
Magistrado



**MARTHA RUTH OSPINA GAITAN**  
Magistrada



**EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**  
Magistrado



**SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA**  
SECRETARIA