

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25899-31-05-001-2018-00510-01
Demandante: **YOHAN JAVIER BUITRAGO**
Demandados: **BAVARIA S.A. y ASL S.A.**

En Bogotá D.C. a los **15 DIAS DEL MES DE ABRIL 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 25 de noviembre 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

YOHAN JAVIER BUITRAGO demando a **BAVARIA S.A.** y a **AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A. ASL S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de septiembre de 2015; que al momento de la aplicación del artículo 140 del CST a través de **ASL S.A.**, **BAVARIA** no le ha pagaba el salario establecido en la convención colectiva y en consecuencia se condene a la accionada a reinstalarlo en el cargo de auto elevador, los salarios dejados de percibir desde el momento de afiliación a **SINALTRACEBA** a razón de \$88.601 diarios o \$2.658.030

mensuales; pago de cesantías, intereses, vacaciones, primas de servicios, beneficios extralegales establecidos en la convención colectiva de trabajo desde el momento de afiliación a SINALTRACEBA hasta que se haga efectiva la reinstalación; auxilios de transporte y alimentación a razón de \$344.000 mensuales desde el momento de la aplicación del artículo 140 del CST y costas.

Como fundamento de las peticiones, expuso que se vinculó con BAVARIA S.A. desde el 15 de septiembre de 2015 a través de una empresa intermediaria; el salario convenido inicialmente fue de \$1.200.000, auxilio de alimentación y auxilio de transporte de \$172.000 mensuales cada uno; 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 diariamente de los jefes empleado de BAVARIA S.A., así como órdenes de seguridad, cumplió horario de trabajo en las instalaciones de la empresa en Tocancipá, dentro de las funciones que desempeñaba estaban las de cargar y descargar vehículos y alimentar las líneas de producción de la demandada, por orden de BAVARIA suscribió contrato de trabajo con AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A., la labor de montacargas o auto elevador es permanente en la empresa; que en esta existe una convención colectiva de trabajo en la cual se tiene establecido el salario para el cargo de autoelevador que equivale a \$88.601 diarios o \$2.658.030 mensuales. Se encuentra afiliado a la organización sindical SINALTRACEBA y que no recibió ningún beneficio económico extralegal. 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, el horario de trabajo que cumple se publica dentro de las instalaciones de la empresa, prestó servicios en las instalaciones de la empresa ubicada en Tocancipá y desde el ingreso hasta la fecha de aplicación del artículo 140 del CST siempre realizó las mismas funciones y recibió la remuneración mensual de BAVARIA S.A. por intermedio de ASL. Los trabajadores directos de BAVARIA S.A. que desempeñan el mismo cargo devengan salario superior al que le era pagado. BAVARIA S.A. tiene trabajadores directos afiliados a la organización sindical SINALTRACEBA. Agrega que BAVARIA no ha pagado salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios,

vacaciones con el valor real, tampoco le paga los beneficios económicos con el salario de \$2.658.000 mensuales, desde el momento de la aplicación del artículo 140 del CST no le ha pagado el auxilio de transporte ni el auxilio de alimentación, que BAVARIA S.A. a través de AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A. aplicó el artículo 140 del CST y que previamente a esta situación la demandada se encontraba notificada de la afiliación a SINALTRACEBA.

La demanda fue presentada el 5 de septiembre de 2018 y admitida mediante auto del 14 de febrero de 2019 (fl. 70), notificado el auto admisorio a BAVARIA S.A., al descorrer se opuso a las pretensiones de la demanda, no aceptó los hechos y en su defensa sostuvo que el demandante trabajó para AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A., sociedad que nunca fue intermediaria de BAVARIA S.A.; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción e inexistencia del contrato de trabajo. (fls. 101 – 115).

La sociedad ASL S.A., dio respuesta a la demanda de manera extemporánea, y el juzgado mediante providencia del 20 de junio de 2019 la tuvo por no contestada (fls. 282-283), con auto del 15 de agosto de 2019 tuvo por contestada la demanda por BAVARIA S.A. y citó a las partes para audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. (fl. 317).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia de 25 de noviembre de 2020, declaró la relación laboral entre el demandante y BAVARIA S.A. desde el 1 de septiembre de 2015 hasta el 12 de mayo de 2020, condenó a las demandadas a pagar costas al actor y absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones formuladas (Audio y fls. 516 - 519).

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante, expuso.

“En este estado de la diligencia y con fundamento en el artículo 66 de Código Procesal del Trabajo, me permito impetrar recurso de apelación parcial, para que el Honorable Tribunal se sirva modificar la sentencia, en lo que tiene que ver en el pago de salarios y de las prestaciones y además que se declare vigente el contrato de trabajo, por las siguientes razones: Efectivamente se demostró dentro de este proceso, que el salario que tiene señalado la empresa Bavaria SA, para el cargo de auto elevador está en 3'050.000, una confesión que hizo el representante legal de Bavaria y que el despacho no tuvo en cuenta y así ha debido declararlo el despacho, pues si la confesión que hace el representante legal de la empresa Bavaria, no es una prueba, entonces ¿Cómo puede probar el trabajador, ¿Cuál es su salario?, cuando de pleno derecho ha debido así declararlo el despacho, tanto es así, que en el interrogatorio de parte se le preguntó, ¿Cuánto era el salario que tenía señalado la empresa Bavaria SA para el cargo de auto elevador? Y respondió que estaba en 3'050.000, sin embargo, el despacho no hizo alusión a esta confesión del representante legal. En el mismo sentido confesó que la empresa tiene señalado el cargo de auto elevador tanto en el pacto colectivo como en la convención, su señoría aquí no se está pidiendo que se aplique el pacto colectivo, aquí no se está pidiendo que aplique la convención colectiva, simplemente que se le pague el salario que tiene señalado la empresa para el cargo de auto elevador. En otro aspecto el despacho señala y define los extremos del contrato, lo cual; cuando se impetra la presente demanda su señoría no se le había terminado el contrato de trabajo al demandante, luego aparece la carta de terminación del contrato, ¿Cuándo?, hoy; dice el despacho, que porque el trabajador confesó que había sido despedido ahora el 14 de mayo del 2020 ya es un hecho y se tiene que dar como cierto, no su señoría es que este hecho no se está discutiendo dentro de la demanda, este hecho no forma parte de la demanda, por lo tanto, ¿En que debía basarse el despacho? En tener en cuenta, las pruebas que fueron aportadas, en los hechos de la demanda, en los documentos que fueron solicitados y que fueron decretados, pero no poder ninguna de las partes a última hora, presentar una pruebas para modificar la presente demanda, es decir; la reforma a la demanda no la hizo el demandante, pero las está haciendo por vía de hecho una de las partes, pero contradictorio esto su señoría dice el despacho que el contrato terminó el 14 de mayo del 2020, porque así lo hizo el intermediario y se le pregunto en el interrogatorio de parte al representante legal de Bavaria ¿Si la empresa había facultado al intermediario para despedir él aquí demandante? y él dijo, no. La empresa primero no tiene aquí ningún intermediario, la empresa no faculta ningún intermediario para despedir a ningún trabajador, entonces tenemos en cuenta la confesión que supuestamente hace el demandante, pero no tenemos en cuenta la confesión que hace el representante legal de Bavaria para terminar el contrato el aquí al demandante, es decir; una contradicción una posición antagónica del despacho frente a la terminación del contrato de demandante, ¿Porque su señoría?, porque efectivamente, si la empresa Bavaria, quien es declarado el contrato de trabajo y el contrato de trabajo por su naturaleza es bilateral, no puede un tercero terminar un contrato el cual no es parte, entonces ¿Qué ha debido el despacho?, declarar el contrato de trabajo vigente hasta la fecha porque ese documento no puede tenerse en cuenta, porque fue aportado de forma extemporánea y en segundo lugar, existe una confesión del representante legal de Bavaria quien dice que no está autorizado esa empresa para terminar el contrato de aquí el demandante, que eso el despacho no ha podido pasarlo por alto, entonces se debía definir, el inicio del contrato de trabajo del demandante y declararlo vigente hasta la fecha, además de eso, ha debido declararse que el salario del demandante estaba en 3'050.000 porque así lo confesó el representante legal de la empresa Bavaria, aquí no ha debido tener por otros aspectos es que en la declaración del representante legal la hace él su señoría, no debe tenerse en cuenta atendiendo los postulados de que se la ha dicho sobre el artículo 372 del CGP, ¿Que se ha dicho?, que ningún apoderado judicial no está facultado para absolver el interrogatorio de parte porque esa facultad es indelegable, es indelegable del representante del empleador aún más y es indelegable, porque el representante legal de empresa es una persona capaz es él, quien tiene que venir a absolverlo. Le cité dentro de los alegatos lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Como máxima autoridad en aplicación e interpretación del código general del proceso que tenemos en el ordenamiento jurídico, ha dicho la corte con precisión, frente este es tipo de irregularidades, que se viene presentando en muchos procesos y ha dicho categóricamente, por precisar algunos, en la sentencia C/C 8494 proferida en el radicado 110012203000201900789-1 del 26 de junio del 2019 con ponencia del magistrado Aroldo Quiroz decisión que fue fundamentada en unos criterios, señaladas en el ordenamiento jurídico, precisamente en el inciso segundo del artículo 198 del del CGP que prevé que las personas capaces deberán absolver personalmente el interrogatorio, lo que quiere decir, que si el representante legal de empresa ASL S.A es una persona capaz es él, quien debía venir absolver el interrogatorio de parte, como es interrogatorio de parte lo delegó, debe aplicarse las consecuencias señaladas en el artículo 291 del mismo CGP, ahora; dice el despacho, que es una facultad la que dio el legislador en el artículo 64 del CST, no su señoría, eso no es una facultad la que concedió el legislador, que terminar un contrato, esto está condicionado su señoría esa facultad, para terminar un contrato, así se pague la indemnización, es que las causas que dieron origen al contrato de trabajo no exista y ¿Que tenemos en el presente caso?, que la actividad, la labor de auto elevador en la empresa Bavaria SA, tal como lo decretó el despacho aún existe, aún existe y eso debía declarar que efectivamente sigue existiendo el contrato de trabajo y debía ordenarse la reinstalación porque se debe reparar el hecho y no darlo por terminado, o decir; definir el despacho que el contrato llevo al 14 de mayo de 2020, porque así lo hizo o lo termino el tercero. Entonces, si luego se declara un contrato de trabajo, con la empresa Bavaria SA, que se dice que ese

contrato comenzó a partir del 15 de marzo 2015, fue en el año 2015 con la empresa Bavaria, su señoría ¿Cómo puede un tercero terminarlo?, si el contrato es bilateral y así lo reconoció el despacho, entonces ¿Por qué el despacho no tiene en cuenta el salario que quedo plenamente demostrado en el proceso, con que sin mayores esfuerzos, así lo confeso, insisto su señoría el representante legal de Bavaria así lo manifestaron los testigos, cual eran los salarios de auto elevador, ah porque en un contrato, que se da como si no hubiere existido su señoría, porque es que el contrato que se suscribió, entre el demandante en ese evento con la empresa de Agencia de Servicios Logísticos, se da como si no hubiera escrito por qué, porque está contrariando la realidad, está contrariando el principio que señala la Constitución Nacional, que prima la realidad frente a la formalidad, ¿Cuál es lo formal?, el contrato que se firmó, ¿Cuál es la realidad?, que el demandante presto los servicios para Bavaria SA y ¿Cuál es la otra realidad?, lo que confesó el representante legal de Bavaria, sobre el salario, sobre el monto del salario para el cargo de auto elevador, entonces si una confesión no responsabiliza a quien lo hace, su señoría muy difícil, es probar, bajo otras circunstancias el salario de un trabajador, si siquiera se tiene en cuenta la confesión que realizó el representante legal de la demandada, por estas consideraciones su señoría, además su señoría sobre las costas y agencias, la cual solicito al tribunal que se modifiquen, en qué sentido, que efectivamente un salario mínimo para un proceso que lleva 2 o 3 años, ni siquiera, creo se está compensando las audiencias que se han venido adelantando este este proceso, ni siquiera su señoría se está compensado el gasto en papelería del demandante, ni siquiera se está compensando los gastos que tuvo de pronto el testigo, para hacer comparecer a los testigos a este proceso, incluso y si miramos la tarifa de honorarios, ni siquiera su señoría se está compensando los honorarios allí definidos de la parte más mínima que se puede cobrar por un proceso ordinario laboral, entonces por estas consideraciones solicito al Honorable Tribunal, que se sirva modificar la sentencia en lo que tiene que ver que se declare, que el contrato de trabajo entre aquí el demandante y la empresa Bavaria SA, Bavaria y compañía SAS, está vigente, está vigente, porque la terminación del contrato, que aparece ASL SA, en primer lugar no formó parte de este debate, en segundo lugar no puede aparecer de manera extemporánea esta comunicación y violarle el derecho de defensa el aquí demandante, en tercer lugar, las costas no compensan frente a todo el esfuerzo y el pago de honorarios que han podido tener las agencias en derecho el aquí demandante para sufragar los gastos, ni siquiera de uno de los testigos que su tuvo que desplazar y por lo menos perder el día de hoy atendiendo este tipo de circunstancias y diligencias en colaboración administración de justicia, en conclusión sobre...Termino el recurso de apelación lo siguiente, primero que se me conceda el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Cundinamarca Sala Laboral para que se sirva modificar la sentencia en lo que tiene ver con la vigencia a que se declare el contrato en las razones que ya expuse, en segundo lugar que se declare ¿Cuál es el salario con que se debe pagar o declarar 3'050.000 pesos de aquí al demandante? Y con eso se deben pagar las prestaciones y los salarios y la diferencia salarial acá suscitada, además de eso, que se modifiquen su señoría las costas y agencias en derecho, la cual fue liquidadas por un salario mínimo y eso no compensa a todo el esfuerzo que ha hecho aquí el demandante y a los gastos de honorarios que ha tenido dentro del proceso, gracias señora juez."

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

"Estando dentro del término o la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en todo lo de favorable a los intereses de mi representada, el recurso de apelación tiene que ver con la existencia del contrato de trabajo que determinó el despacho, que si había existido entre el demandante y la empresa Bavaria SA la existencia del contrato realidad y me aparto de esa deducción del juzgado por lo siguiente, en primer lugar, porque, pienso que se equivoca el despacho cuando dice, que es que Bavaria no logró desvirtuar que el demandante había prestado el servicio con mi representada y dijo el juzgado que el actor había trabajado del 01 de septiembre declaró un contrato realidad del primero de septiembre de 2015 al 12 de mayo del 2020, ¿En que fundamenta esa determinación el despacho?, digamos que el aspecto medular de la determinación del juzgado, tiene que ver con la prueba testimonial, el señor Laureano Vija y el señor Omar Eduardo Martínez Aparicio, y yo debo destacar inicialmente que el juzgado se equivocó al valorar esa prueba, por la prueba testimonial, por varias razones. El testigo Laureano Vija, dijo; que había estado con el demandante en T1, el primer año de 2015 a 2016. El juzgado se equivocó porque valoró mal este testimonio, incluso, con las pretensiones y hechos de la demanda, lo que no significa que yo esté aceptando que esa sea digamos la existencia de un contrato realidad, pero si debo manifestar que en los hechos de la demanda, es la parte demandante que dice que mi mandante ingresó a laborar para Bavaria el 12 de septiembre del año 2015 lo dice en los hechos de la demanda, en el hecho segundo, dice; corrijo, dice lo siguiente, dice el señor Javier Buitrago se vinculó con la empresa Bavaria desde el 15 de septiembre de 2015, a través de una empresa intermediaria. Y yo llamé la atención. Que el juzgado se equivocó, cuando valoró la prueba testimonial. Porque si era cierto que al señor Laureano Vija le constaba todo lo que había pasado entre el demandante y mi representada lo que había vivido el contrato realidad, el juzgado se

equivocó porque al demandante dice que le constó el primer año, porque dice que hacían lo mismo, pero que el actor estuvo después en T1 y que aunque coincidan en el turno ellos estaban en distintas áreas y cómo le va a constar al, al testigo Laureano Vija, la presunta subordinación o dependencia, porque si él tiene conocimiento, el testigo Laureano Vija que el demandante presuntamente estuvo subordinado a mi representada desde que ingresó y la fecha de ingreso no es la que el juzgado dedujo tampoco estaba aceptando que haya sido con mi representada. Pero si él dice, que es desde el mes de septiembre, del año del año 2015. Se me fue la demanda acá perdón, se me fue la demanda, pero bueno si él dice, que es desde esa fecha, a mí sí me parece que el juzgado se equivocó porque tenía el juzgado que haber verificado o constatado, o más bien haber analizado. Que el testigo Laureano Vija, tenía que haber sido muy preciso, ¿Preciso en qué?, en cuáles eran las órdenes que le daban las instrucciones y si estuvo con él un año pues debió haber dicho, en que horario le dieron las ordenes o las presuntas órdenes o instrucciones, en qué turno. Porque es que al testigo no le consta, todo el tiempo, el testigo habla de un año, del primer año, o sea, que el primer año fue de, del primer año, del testigo que lo conoció, el único año que vio la presunta subordinación puede septiembre 2015 a septiembre de 2016. Entonces no puede aventurarse el testigo como lo hizo, por eso yo digo que el juzgado lo valoró equivocadamente esa prueba, porque si fue solamente el primer año, el testigo tenía que haber contado no solamente que coincidieron en el turno que presuntamente manejaban material o herramientas de Bavaria, aunque nunca dijo, que aunque ellos siempre insisten y el testigo Laureano Vija siempre insiste en que eran herramientas de Bavaria, pues lo cierto es que no vio ni un solo documento que acreditara que presuntamente esas herramientas eran de mi representada, y es que el Tribunal se ha dolido en muchos de los documentos, muchos de los fallos distintos, donde se debate cosas similares y es que, o dice que las herramientas son de mi representada, y ¿Dónde están la prueba que las herramientas era de Bavaria? Si los mismos testigos que presuntamente les consta todo, resulta que una cosa tan significativa en un proceso si no les consta. No vieron, no vieron los documentos o por lo menos una prueba que uno dijera sí, lo que pasa es que estos, estos montacargas, estas estibas este botellero, todo eso es de Bavaria, no, ellos se aventuran a decir lo que... por eso yo insisto, siempre en la tacha de los testigos, porque es que ellos se aventuran a hablar una cantidad de cosas que sí que todo eso era de Bavaria, pero cuando uno les pregunta a ellos, ¿Usted vio algo para que acreditar la propiedad de Bavaria?, no, no, pero es que eso se supone y entonces resulta que se están, se está formando carrera que a que a través de supuestos se está declarando la existencia del contrato realidad, a través de su puesto porque los testigos no les consta nada, del primer año, el testigo presuntamente Laureano Vija, dice, sí yo lo conocí solamente el primer año, coincidíamos en los turnos pero en distintas áreas, pues si no estaba él, compartiendo con el señor demandante que estuvo subordinado después del mes de septiembre, presuntamente después del mes de septiembre del año 2015, ¿Cuál fue el elemento de subordinación?, resulta que los testigos se aventuran a decir y decir cosas y los testigos son mal valorados, porque el juzgado declara un contrato realidad de hasta el año 2018 sobre temas que no les constan a los testigos, porque a este testigo no le consta eso. Presuntamente, reiteró solamente hasta el mes de septiembre del año 2015 pero no explican. Pero si coincidimos en turnos, bueno y ¿En qué turnos?, cómo no se va a acordar, con ese lujo de detalles que se acuerdan de lo que le sirve al demandante debió haberse acordado si es que el lunes 2 de diciembre del año 2015 o 2016, nos pasó esto o el lunes o martes 03 de septiembre, diciembre del 2016, 2015 nos pasó esto, pero no ahí van, van diciendo cosas y suponiendo, porque el 95% de las cosas o el 99% de la cosas son suposiciones de ese testigo, ¿Cómo va decir el testigo y sobre todo, como el juzgado va a valorar esa prueba testimonial?, que el testigo dijo había trabajado, había prestado servicios en Bavaria hasta junio o julio del 2018, pero si no le consta que paso después de lo que paso en el primer año mucho menos va saber que paso en julio del año 2018. Entonces, ese testigo mal valorado por el despacho, en segundo lugar, el testimonio de, además, porque lo que digo no, no saben si incluso las instalaciones son de Bavaria o no, si hubo contrato de comodato, no tiene ni idea, ni el propio demandante, no lo supo, pues por supuesto el demandante quiere arreglar sus temas en la confesión de él. En segundo lugar, el señor Omar Eduardo Martínez Aparicio, que dijo testigo Mario Eduardo, que lo había conocido desde el año 2015 como operario y que había estado con él hasta principios del 2017, y cuando dijo principios, creo que habló para adentro, porque casi que no quería que se le entendiera, pero se le entendió claramente. Que presuntamente el conocido la subordinación que estuvo sometido el demandante hasta principios del año 2017 y yo me pregunto nuevamente y ¿Entonces porque le consta que el demandante prestó servicios hasta el año 2018?, si solamente tiene conocimiento de esa presunta subordinación jurídica hasta el año 2017 hasta principios del año 2017 y el juzgado le da la credibilidad y extiende el despacho de manera oficiosa, en mi opinión, equivocada. La presunta subordinación hasta el año 2018, pero es otro testigo que tampoco le consta de quien eran las herramientas, ni nada por el estilo solo a base de supuestos, porque es que dice, no es que eso se supone porque como están ahí el montacargas todo el tiempo, incluso creo que uno de los dos testigos cuando yo le indique que pasaba con el tema del mantenimiento de los montacargas, dijo que, se lo llevan 3 meses los montacargas y supuestamente un conocimiento de esa índole, pues él tiene que precisar, es que en el año 2015 pasó esto y en tal fecha pasó esto, tal día pasó esto en tal turno nos ocurrió esto, en tal turno nos ocurrió lo otro, estábamos en el turno creo que él habló incluso como en hora militar de las 14 a las veintitantas nos pasó esto, pero no son precisos los testigos y es que el testigo, como lo ha dicho la jurisprudencia, como lo dice el código general del proceso, que explica aquí por analogía tiene que aportar al despacho, tiene que ser un testigo

que le conste de manera real lo que ocurrió, pero no aquí ellos vienen y dicen una cantidad de cosas. Y, en mi opinión, por eso lo digo siempre respetuosamente, porque cada uno tiene su manera de ver las cosas, pero la valoración de los testimonios fue completamente equivocada por parte de despacho. Los testigos, cómo le va a costar al señor Omar Eduardo después de después de entre comillas, principios del año 2017 que pasó con el demandante que estaba subordinado, por qué no dijo miré subordinado hasta acá y después pasó esto y no son capaces de aclarar pues porque no les consta nada, porque casi que estoy seguro que ni coincidieron con los presuntos turnos con el demandante o si no sería un preciso veras testigo, no ellos solamente se aventuran a decir una decir es que los ingenieros fulanos, zutano y mengano, hoy mencionaron a uno nuevo que no lo estaba mencionando en los otros procesos, los mismos testigos, porque estos mismos testigo han venido a desfilar en varios procesos y mencionaron a un nuevo presunto ingeniero de Bavaria, a otro señor romero no recuerdo, ahí está el nombre del nuevo testigo que menciona el señor y que mencionan ellos, que sí que le daban ordenes, que sí que vayan y lleven las estibas, ¿Cuáles estibas?, luego no es que son precisos veraces, porque no dicen mire por viaje nos tocaba 40 caja, 50 cajas, tantas botellas, si se rompían las botellas pasaba estas, pasaba lo otro, nunca explican nada de eso, eso ahí van diciendo, van soltando cosas, tratan de coincidir entre ellos y la versión del demandante, pero no son testigos veraces, sino, testigos que no le han servido al despacho y que este en este caso no le sirven al despacho como sustento para que el juzgado declare un contrato realidad hasta el año 2000 mejor dicho que la presunta existencia del contrato y mucho menos hasta julio del año 2018. Porque la prueba testimonial no soporta la veracidad, porque no existe y no obstante eso, el despacho declara un contrato realidad inexistente con Bavaria. Porque incluso la representante creo que la representante legal, la doctora Adriana, creo que incluso habló, no recuerdo en este momento, pero en algún momento se habló en este expediente del contrato de comodato entre Bavaria y la Agencia de Servicios Logísticos porque incluso fue la doctora Adriana y el doctor Néstor el representante legal de Bavaria, la doctora Adriana sea hecho de paso indicar, si aparece como representante legal en el certificado de cámara y comercio, luego es completamente valida la manifestación que ella hizo en este expediente. Entonces pienso que el juzgado se equivoca, claro el demandante que dijo, el despacho y analizó la declaración del demandante, tiene razón en que en que el demandante dice; sí, yo trabajé solamente hasta cuando se estableció la fecha en que se terminó la relación laboral, que lo fue hasta el 12 de mayo del año 2020, porque, dice el demandante que lo despidieron, sin justa causa, pero el demandante, tratando de arreglar su propia versión, dijo incluso, que es que primero que le habían pagado y después dijo que no le habían pagado y se ha debatido, se ha dicho que los dineros eran de Bavaria o no eran de Bavaria. Los mismos testigos incluso hicieron una manifestación en ese sentido. Entonces, yo le ruego a los Honorables Magistrados que tengan en cuenta, que se valoren todas las pruebas, todas las pruebas documentales, los pagos que se hicieron y todos los demás pruebas documentales que acreditan que la agencia de servicios logísticos, era el verdadero empleador al demandante, en el interrogatorio de parte, en mi opinión mal valorada la confesión obtenida en el interrogatorio de parte del demandante que le hizo el suscrito incluso que le hizo el despacho, porque el demandante mismo, mencionó a una persona, que era el que le había enviado un correo o una carta diciendo, creo que lo dijo por un correo certificado, diciéndole que era que a él, le estaba pagando las prestaciones sociales y yo le pregunté ¿Que esa persona de dónde era? Se acordó. De la persona que le había llegado el correo, pero cuando le pregunté que dónde era la persona, entonces ahí sí se le olvidó para qué compañía era que prestaba servicios, la persona que le envió el correo al demandante porque es demandante que hizo la confesión. Y ahí está la prueba en el expediente y está la respuesta, por supuesto, es una completa confesión del demandante. ¿Por qué razón? Porque es una persona que ciertamente no era de Bavaria. Porque es que Bavaria no tenía por qué pagarle nada al demandante, cuando no estaba subordinado a Bavaria, se hablaron de las.... se habló incluso, que me llamó la atención que el demandante dijo que Bavaria, que la Agencia de Servicio Logístico nunca le había entregado dotaciones y resulta que si le había entregado dotaciones, y los testigos dicen que sí que creo que algunos de ellos hablaron del tema de la dotación, pero entonces pues es entendible que el demandante porque obviamente él es el actor, pero pues él no va confesar nada en perjuicio de él, pero si se deduce del comportamiento las respuestas del demandante, que el demandante no estaba subordinado a Bavaria y también de las respuestas de los testigos, donde a ellos ni siquiera les, les alcanza el conocimiento, me refiero desde el punto de vista del contrato de realidad para venir a estimarse que la relación laboral o que hubo primero una relación laboral y que esa relación laboral fue directamente con mi representada, porque eso no es cierto, las pruebas están ahí, las pruebas dicen una cosa distinta incluso el demandante hablaron acá, fue de una organización sindical distinta. Se habla de una organización sindical que no está mencionada en los hechos de la demanda, SINTRACERGAL algo así, que hay tantas con nombres tan parecidos y resulta que lo único que se habló fue de SINALTRACEBA es una organización sindical a la cual el demandante ni siquiera se acuerda que se haya afiliado, porque no, porque él mismo dijo, es que no me acuerdo si estoy afiliado o no, entonces todas esas circunstancias hechos el juzgado en mi opinión respetuosa, debió haberlo sopesado en debida forma, debe haber estimado valorado y estimado, que no es cierto que haya habido la presunta subordinación, siempre dicen que los mismos mencionan unas personas y reiteró, hoy mencionaron a un ingeniero o un ingeniero no, porque; a una persona nueva diciendo que era, que era el que lo subordinaba, que porque estaban en líneas de producción y después estaban en, creo que T1 y bueno algo más. Y resulta que no es cierto, no son contundentes, las respuestas, no se puede edificar un

contrato realidad, ahí a base de supuestos qué es lo que finalmente en mi opinión se hizo el día de hoy, a través de la sentencia, mis opiniones por supuesto aunque distan de la valoración probatoria efectuada por el despacho, las hago con mucho respeto, siempre lo reitero, pues porque respeto mucho el criterio, aunque no lo comparto, el criterio que tenga el despacho en este sentido, y las opiniones que doy frente a los testigos, ni más faltaba que no es nada personal, igual demandante, solamente es. La discrepancia desde el punto de vista jurídico sobre la valoración probatoria y sobre lo que se ha venido trasegando, sin que sean testimonios contundentes para estructurar un contrato realidad en ese sentido. Entonces para terminar, señoría, ruego a los Honorables Magistrados, primero que se me conceda el recurso de apelación en todo lo desfavorable a los intereses del representada ¿cuáles es lo desfavorable?, la declaratoria del contrato realidad, primero, segundo, que, en gracia de discusión, perdón, primero que se me conceda el recurso a lo desfavorable a los intereses de mi representada y en segundo lugar, que en gracia de discusión desde ya se lo planteó a los Honorables Magistrados que se tenga en cuenta que de todas maneras, si se llega a reiterar que yo estimaría que no, pero si se llega a reiterar lo que dijo el despacho que es que la Agencia de Servicios Logísticos fue un simple intermediario, pues que se tengan como válida los actos que hizo la Agencia de servicios Logísticos respecto del demandante como el pago de salarios etc, pago incluso por el despido sin justa causa y demás y las prestaciones sociales, y que se tenga en cuenta el hecho que sobreviene que es válido y que no fue alegado en su oportunidad por la parte actora, en eso términos dejo por sentado el recurso y ruego al despacho por favor, que me conceda el recursos de apelación ante la Sala LHTSDC, gracias señoría.”

En el término concedido en segunda instancia las partes no presentaron escritos de alegaciones.

IV. 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 CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos 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 fueron presentados y sustentados.

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 ibídem, 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 15 de septiembre 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 aceptó que el contrato de trabajo lo celebró con ASL S.A., pero aclaró que nunca trabajó para esa sociedad sino para BAVARIA, siempre movió productos de la empresa, que la inducción para trabajar la recibió de supervisores de BAVARIA y recibía órdenes de trabajadores de la compañía como GERMÁN RINCÓN que era operario de la línea 3, de ALBERTO SARMIENTO y ALVARO ESCOBAR, y que siempre prestó servicios en la planta de BAVARIA. Negó que ASL le entregara dotaciones y

aceptó que el contrato de trabajo fue terminado el día 12 de mayo de 2020 y que fue sin justa causa, que le enviaron por correo certificado la información sobre la terminación y el pago de la indemnización a través de juzgado laboral, pero que nunca recibió el dinero.

En diligencia de interrogatorio de parte, el representante legal de BAVARIA S.A. sobre el contrato celebrado con ASL manifestó: *“la relación ha sido eminentemente comercial ASLA ha participado en varias licitaciones, para la prestación de servicios de operación de diferentes plantas de la empresa y en las veces que ha participado y que ha sido seleccionada, se han celebrado contratos de prestación de servicios, básicamente de operación logística.”* (...) *“el contrato de operación logística, consistía y aun consiste, con las empresas tercerizadas que prestan este servicio en hacerle alistamiento, el bodegaje y alistamiento en el centro de distribución de la planta donde se presta el servicio, este último caso creo que fue en la planta de Tocancipá, básicamente es hacer le alistamiento del producto terminado, del producto que se entrega a las empresas distribuidoras de transporte, que también es una empresa tercerizada, para que las empresas tercerizadas puedan hacer el reparto de producto a los diferentes clientes de la empresa, ese servicio se presta como repito en las plantas, en este caso en las plantas de Tocancipá a través de un centro de distribución donde el operador logístico maneja el producto terminado de la empresa a través de un inventario y donde los diferentes distribuidores de la zona o transportadores del producto ingresan al centro de distribución, el operador logístico hace el cargue y descargue del producto terminado o en envase vacío o canastas y cargan sus vehículos para luego ser distribuido en los diferentes socios que tiene la empresa en diferentes plataformas sea tiendas, supermercados, bodegas, a todas los socios que la empresa tiene relación comercial.”* Aceptó que en la empresa existe el cargo de auto elevador y que tiene asignada la remuneración en la convención colectiva de trabajo y en el pacto colectivo, pero que ese salario no se le pagaba al demandante porque no era empleado de 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 el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de ASL S.A. al indagársele sobre las razones por las cuales al demandante se le entregó comunicación en la cual se le informó que se le iba a seguir pagando salario de

acuerdo al artículo 140 del CST, manifestó: “cuando nosotros tuvimos que realizar la entrega del centro de distribución de Tocancipá el 08 de julio del 2018, pues en ese momento contábamos con un personal que tenía restricciones y unas recomendaciones y en ese orden de ideas y pues por el tema de la estabilidad ocupacional reforzada, pues era personal que no podíamos terminarle contrato por que se encontraba en tratamiento médico, ¿sí?, bajo esas condiciones, al no tener donde reubicarlo, no teníamos donde más ponerlo en ese momento y no podíamos como finalizar el contrato, independientemente si eran contratos indefinidos o contratos de obra labor mientras continuaba el tratamiento, la empresa tomo la determinación de dejar a esta persona con el 140 o una licencia remunerada, donde debían presentarse constantemente, donde lo requirieran, las oficinas de Tibitoque en el centro de Tibitoque se hacía a verificar y demostrar el avance que habían tenido dentro de su tratamiento médico, si aún tenía recomendaciones o restricciones, pues para continuar mirando la posibilidad de que hacerlo, igual si habían capacitaciones también se le citaba, si había que hacer algo se le citaba en esa zona en donde teníamos la oficina, que eso es un parque industrial, por eso se tomó la decisión de tenerlo en el 140, porque debido a su condición de salud en ese momento no podíamos finalizarle la relación contractual”. Agregó que la relación laboral del demandante fue terminada el 12 de mayo de 2020 “haciendo uso de la condición resolutoria, el artículo 64 se le finalizo el contrato, sin justa causa pagándoles la indemnización correspondiente, debido a que ya no habían restricciones, si no lo que tenía eran recomendaciones y no existía una pérdida de capacidad laboral que superaran el 15% de una evaluación de lo mismo”. Sobre el pago de la liquidación definitiva indicó: “los documentos se le remitieron y el señor Buitrago se negó a firmar la documentación, por lo tanto se consignó al depósito judicial, al momento de haberse negado a firmar de carta de finalización de contrato y liquidación, se consignó a deposito judicial, como quiera que por costumbre los señores del sindicato o aquellos que sean afiliado, independientemente el tipo del sindicato, ellos se niegan a firmar rotundamente cualquier tipo de documento al igual que recibir cualquier documentación por escrito o lo que sea, entonces pues de esa forma se tomó la determinación de consignar a deposito judicial, previendo cualquier tipo de situación jurídica que se pudiese presentar en el futuro.”

Se recibió el testimonio de LAUREANO VIJA CIENDUA, quien manifestó que fue compañero de trabajo del accionante, lo conoció en septiembre de 2015, ingresó por medio de una propuesta de trabajo que le hicieron a través de internet, lo citaron a BAVARIA e hicieron la contratación. Sobre las labores que realizaba el actor relató: “en el primer año que estuvimos coincidimos con los T1, que era el descargue y cargue de camiones, el descargue del envase de Bavaria y el siguiente paso era cargar los productos, ya fuera águila, poker, costeña, club colombia, sacándolas del depósito de Bavaria”. Al preguntársele quién dirigía las labores que hacía el demandante contestó que fue ALBERTO SARMIENTO que era ingeniero de BAVARIA del depósito y sobre los roles que

cumplía el ingeniero indicó: *“Él era la persona que estaba en el patio dando las instrucciones de que carros había que cargar y que productos había que cargar, donde se encontraban estos productos”*. Que el horario de trabajo del demandante eran turnos rotatorios de 6 a 2, de 2 a 10 y de 10 a 6 y que las programaciones de turnos se publicaban en las carteleras de BAVARIA. Sobre las órdenes que le impartían al demandante contestó: *“eran las mismas que le daban a mí, ya que coincidíamos en el patio, ya en las líneas estaba a ordenes de don GERMAN RINCÓN y de don JORGE CUESTAS, que eran línea porque ya se dedicaban a la producción, a la entrada de envases y la sacadas de productos, la marcación que fuera, la marcación del producto en el patio sí que lo normal, en los camiones de Bavaria, ya en el producto, fuera el producto que fuera, las órdenes del doctor Sarmiento”*. Dijo que además impartían órdenes ALBERTO SARMIENTO y ALVARO ESCOBAR, quienes lo hacían faltando 12 o 15 minutos antes de la hora de ingreso en un salón de distribución y allí les daban instrucciones precisas de cada uno de los procesos que se iban a desarrollar durante el turno, cuántos carros iban a ingresar, que productos iban a sacar y que envases iban a llegar.

También se recibió la declaración de OMAR EDUARDO MARTINEZ APARICIO, solicitada por la parte demandante, quien afirma que fue compañero del accionante, lo conoce desde el año 2015, que el demandante desempeñó el cargo de operador de montacargas y que su trabajo era operar el montacarga, cargar, descargar vehículos de BAVARIA y alimentar líneas de producción con productos y envases de la empresa. Que recibía órdenes en el patio del jefe inmediato que era el ingeniero JORGE CUESTAS o de GERMAN RINCÓN que era operario, también de JAVIER BETANCOURT, ALBERTO SARMIENTO y del ingeniero ALVARO ESCOBAR. Que si bien no vio los contratos de estas personas con BAVARIA, ellos siempre cargaban el carnet y el uniforme de la empresa y se presentaban como trabajadores de ella. Agregó que el demandante trabajó hasta julio de 2018 porque BAVARIA decidió cambiar de temporal y los sacaron a todos. Sobre el salario del cargo de auto elevador manifestó: *“Sí, señor, tengo la conozco porque conozco la convención colectiva, el pacto colectivo y en estos momentos para el salario, para el cargo de operario de auto elevador, el salario está en \$3'052.164 pesos.”* Sobre el horario de trabajo del demandante indicó que era por turnos rotatorios de 6 a 2, de 14 a 22 y de 22 a 06 de domingo a domingo y que de vez en cuando se descansaba y respecto de la publicación manifestó: *“había*

unas carteleras dispuestas en diferentes sitios en las áreas donde había una cartelera de Bavaria donde se publicaban dichas programaciones en el centro de distribución, en el edificio también había cartelera.” Agregó que coincidió con el demandante en varios turnos porque fueron compañeros de líneas de producción y de patio de carga T1, lo que ocurrió hasta el año 2017, después no coincidieron en los turnos. Que los turnos que hicieron juntos fue en T1 o botelleros, en descargue de tractocamiones y en líneas de producción.

Al proceso se incorporaron los siguientes documentos: (i) contrato de trabajo celebrado entre el demandante AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS ASL S.A. el día 1 de septiembre de 2015, en virtud del cual fue vinculado para desempeñar el cargo de MONTACARGUISTA EN BAVARIA (fls. 130.133), (ii) otro sí por medio del cual se convino como salario la suma de \$1.200.000 a partir del 15 de diciembre de 2015 (fls. 199 – 200); (iii) copia de la comunicación por medio de la cual se comunica la finalización del vínculo contractual entre ASL y BAVARIA S.A. y concede licencia remunerada al demandante a partir del 9 de julio de 2018 por el estado de salud que presenta y dando aplicación al artículo 140 del CST (fl. 117); (iv) 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. 148 - 166), (v) 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. 168 - 171).

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 los testigos LAUREANO VIJA CIENDUA y OMAR EDUARDO MARTÍNEZ APARICIO, quienes relataron tal situación por cuanto les consta directa y personalmente, dado que también prestaban servicios en dicho lugar, fueron compañeros del actor 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 el contrato de trabajo (fls.103–133), así como del PERFIL Y DESCRIPCION DEL CARGO en el que se indica que el cargo es de MONTACARGUISTA SENIOR TOCANCIPA (fls.136 –137).

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. 148 – 166), 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 *“El 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 LAUREANO VIJA CIENDUA y OMAR EDUARDO MARTÍNEZ APARICIO; que dan cuenta que quienes le impartían órdenes al demandante eran los ingenieros y operarios 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 148 a 166, y el contrato para el arrendamiento de montacargas entre DISTOYOTA y ASL S.A. (fls.168–171); 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 los testigos LAUREANO VIJA CIENDUA y OMAR EDUARDO MARTÍNEZ APARICIO, quienes fueron compañeros de trabajo del actor durante la vinculación laboral y realizaban la misma actividad de éste, manifestaron que el actor fue trabajador de BAVARIA S.A., porque recibía órdenes e instrucciones de los trabajadores 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. De acuerdo con lo anterior se confirmará la decisión de primera instancia en este punto, que llegó a igual conclusión.

Sobre la inconformidad de la parte demandante en el recurso de apelación, en el que se refiere a que el contrato de trabajo se encuentra vigente porque la empresa intermediaria no tenía autorización para terminar el contrato de trabajo, tal como lo confesó el representante legal de BAVARIA en el interrogatorio de parte y que el documento por medio del cual se dio por terminado el contrato de trabajo el 12 de mayo de 2020, no puede valorarse como medio de prueba porque fue incorporado por fuera de la oportunidad procesal correspondiente; debe tenerse en cuenta que se demostró que el día 8 de julio de 2018 la sociedad ASL S.A. informó al demandante la finalización del contrato, pero que por la situación que presentaba en ese momento, le otorgaba licencia remunerada a partir del 9 de julio de 2018 hasta que se surtieran todos los procedimientos de la autorización para la terminación del vínculo laboral a los trabajadores en situación de discapacidad o hasta que terminara su proceso de evaluación de pérdida de capacidad laboral. La decisión se fundamentó en el artículo 140 del CST y que el trámite se inició debido a su negativa a trasladarse y que la empresa no contaba con un lugar para reubicarlo de acuerdo con las restricciones emanadas por medicina laboral (fl.

117). Se demostró además que con posterioridad al 8 de julio de 2018 la sociedad ASL continuó pagando salarios al demandante tal como dan cuenta las nóminas de los meses de febrero y marzo de 2019 que aparecen de folios 144 a 146, en las cuales se registra como fecha de ingreso el 1 de septiembre de 2015 y como cargo el de montacarguista. De otra parte, se encuentra demostrado que el contrato de trabajo fue terminado el día 12 de mayo de 2020, esto es, con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda (5 de septiembre de 2018), hecho que se encuentra demostrado con la declaración del actor en el interrogatorio de parte en el que aceptó que el contrato de trabajo fue terminado en la fecha indicada y también lo declaró la representante legal de ASL S.A. al absolver interrogatorio en el cual manifestó que la relación laboral terminó por la condición resolutoria establecida en el artículo 64 del CST.

En relación con el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de ASL S.A. y sobre la cual afirma el apoderado del actor que lo hizo en calidad de apoderada de esta sociedad, se advierte que ADRIANA MARIA CASTAÑEDA MARTÍNEZ quien absolvió el interrogatorio, tiene la calidad de representante legal de esta sociedad, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal que aparece de folios 324 a 327.

Así las cosas, se tendrá que el contrato fue terminado el día 12 de mayo de 2020 por la sociedad ASL respecto de la cual se declaró que tuvo la calidad de intermediaria y era posible que lo hiciera, pues como se dijo anteriormente, 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.

Ahora bien respecto de la afirmación de la parte demandante con relación a lo expuesto por el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte sobre la no autorización del despido, se advierte que tal manifestación no tiene la connotación de confesión pues el representante legal de la demandada partió del supuesto de que para esa fecha el accionante no era trabajador de BAVARIA y por

lo tanto la terminación la efectuó el contratista y como se indicó por haberse declarado la existencia del contrato de trabajo, los actos realizados por el contratista (ASL), se entendían realizados por BAVARIA.

Respecto de la reinstalación solicitada, se tiene que si bien la demandada ASL S.A. hizo uso de la facultad establecida en el artículo 140 del CST y en la comunicación por medio de la cual se otorgó la licencia se hizo referencia al estado de salud del actor; se observa que en la demanda no se indicó que el trabajador gozara de garantías especiales como fuero circunstancial, fuero sindical o estabilidad reforzada por condición de salud, tampoco se evidencian estas situaciones con los medios de prueba decretados y practicados en el proceso, razón por la cual se debe negar esta petición como lo hizo la juez a quo cuya decisión se confirma.

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 septiembre de 2015 y el 12 de mayo de 2020.

Respecto de la nivelación salarial, se tiene que en el numeral 4º de la demanda se solicitó el pago de salarios como lo tiene previsto la demandada en el pacto colectivo o convención colectiva (fl. 1) y en los hechos No. 17 y 18 se indicó que en la empresa BAVARIA S.A. existe convención colectiva de trabajo en la cual se encuentra establecido el salario para el cargo de auto elevador; luego resulta contradictoria la afirmación del apoderado del demandante en el recurso de apelación en el que indica que la petición no tuvo como fundamento la aplicación del pacto o de la convención colectiva de trabajo. Afirmó también el apoderado del actor que con las declaraciones de los testigos y del representante legal de BAVARIA se demuestra que el salario para el cargo de auto elevador en la empresa es la suma de \$3.050.000.

Para resolver lo correspondiente debe tenerse en cuenta en primer lugar que la convención colectiva aportada por BAVARIA (fls.440–446), no contiene disposición que establezca el salario para el cargo de auto elevador o montacargas.

Ahora bien, la juez de primera instancia resolvió no dar aplicación al pacto colectivo porque consideró que el demandante se encuentra afiliado a la organización sindical SINTRACERGAL, hecho que se ratifica con la documental del folio 61 en la cual se advierte que fue fundador de esta asociación. Sobre este punto considera la Sala oportuno recordar que si bien el artículo 481 del CST, 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, precisó:

“...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 no existe evidencia de que el demandante se hubiese adherido al pacto colectivo, por lo que no es posible concluir que fuese beneficiario de esta normatividad, máxime si se tiene en cuenta

que ésta dispuso de manera expresa en la cláusula segunda que éste se aplicaría únicamente a quienes lo suscriban o se adhieran posteriormente (fls. 401 y 451). No obstante, si en gracia de discusión el demandante hubiere presentado solicitud de adhesión al pacto colectivo, tampoco podría tomarse los salarios indicados por la parte actora, 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 EDUARDO MARTÍNEZ APARICIO informa que el salario para el cargo de auto elevador en el pacto y en la convención colectiva de trabajo es de \$3.052.164, pero refirió que el cargo para el cual señaló esa asignación tuviera las mismas funciones que desarrolló el demandante. Tampoco puede tenerse como confesión lo dicho por el representante legal de BAVARIA en el interrogatorio de parte, pues si bien manifestó que en la empresa se encuentra asignado un salario para este cargo, aclaró que éste no fue pagado al actor porque no era trabajador de la misma.

Al respecto considera oportuno la Sala citar la sentencia proferida por esta Corporación dentro del proceso 258990310500120170017801 con ponencia del H. Magistrado EDUIN DE LA ROSA QUESSEP, 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. “

De acuerdo con lo anterior, se confirma la decisión de primera instancia que absolvió de la petición de nivelación salarial y pago de prestaciones sociales y vacaciones con un salario mayor al devengado por el demandante.

Sobre el valor de la condena en costas y el monto de las agencias en derecho que la juez señaló en la suma de un salario mínimo mensual legal vigente, decisión que fue objeto de apelación por la parte demandante, debe tenerse en cuenta que, con relación al valor de las agencias en derecho, la oportunidad para manifestar la inconformidad corresponde al auto que apruebe la respectiva liquidación como lo dispone el numeral 5 del Art. 366 del CGP.

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

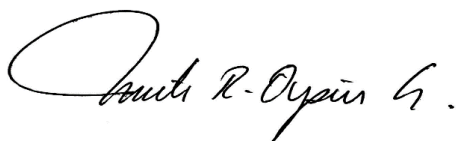
1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020 por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **YOHAN JAVIER BUITRAGO** contra **BAVARIA S.A. Y AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A.**, conforme lo anotado en la parte motiva de esta 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