



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

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2018 00097 01

José Carlos Cuadrado Pareja vs. Bavaria S.A., y otro.

Bogotá D. C., doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, resuelve la sala el recurso de apelación presentado por la demandada **Bavaria S.A** contra la sentencia proferida el 29 de junio de 2021 por Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, así como el grado jurisdiccional de consulta, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia que promovió **José Carlos Cuadrado Pareja** en su contra y en el que se integró la litis con la **Agencia de Servicios Logísticos S.A.**

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

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. José Carlos Cuadrado Pareja, mediante apoderado judicial, promovió proceso ordinario laboral contra Bavaria S.A., con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 5 de octubre de 2015 y, en consecuencia, se condene al pago de salarios dejados de percibir de los 3 últimos años «contados a partir del momento que se impetró la presente demanda» acorde con lo establecido en la convención colectiva de trabajo para el cargo de autoelevador a razón de \$86.601 diarios equivalentes a \$2.658.030 mensuales, junto con el pago del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, prima de servicios, «*todos los beneficios extralegales*» consagrados en dicha convención, y costas.



Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que uno de los objetos sociales de Bavaria S.A., es la fabricación de cervezas, la producción, y transformación de bebidas alimenticias; que desde el 5 de octubre de 2015 se vinculó a dicha empresa «a través de una empresa intermediaria», en el cargo de montacarguista o autoelevador -labor que es permanente en la accionada-, recibiendo como salario mensual la suma de \$1.200.000, más auxilios de alimentación y de transporte que en el mes ascienden a \$172.000 cada uno; sus funciones son las de cargar, descargar vehículos y, alimentar las líneas de producción de propiedad de la accionada.

Sostuvo que recibe órdenes diariamente de los jefes empleados de Bavaria, cumple el horario de trabajo que se le asigna, el cual es publicado dentro de las instalaciones de la demandada, los montacargas son de propiedad de ésta, tienen su logotipo; y que al interior de la compañía existen varias organizaciones sindicales entre ellas Sinaltraceba, a la cual se encuentra afiliado; así como una convención colectiva de trabajo, de la que es beneficiario, que establece un salario específico para el cargo que ocupa en la suma de \$2.658.030 mensuales.

Agregó que, la remuneración mensual de la accionada la recibe a través de Agencia de Servicios Logísticos ASL, sin que le pague algún beneficio extralegal, como tampoco ha recibido el reajuste de sus cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones y prima de servicios.

2. Contestación de la demanda. Dentro del término de traslado, Bavaria S.A., dio respuesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al considerar que no existe o existió ningún contrato laboral escrito o verbal con el accionante, ni ha ejercido actos de subordinación frente al demandante, por lo que al no ser su trabajador, nunca se ha desempeñado como auto-elevador, y por consiguiente no tiene derecho a los emolumentos o beneficios reclamados.

Dijo, que no era cierto que los montacargas utilizados por los trabajadores de la Agencia de Servicios Logísticos S.A. sean de su propiedad, que es dicha empresa la propietaria de esos vehículos, así como de los equipos y demás herramientas de trabajo para desarrollar el objeto social del contrato suscrito entre ellas; que ASL es una contratista independiente, goza de autonomía administrativa técnica, financiera



y económica, cuenta con libertad para contratar trabajadores que considere debidamente capacitados, por tanto no ordenó a la misma suscribir contrato laboral con el accionante, siendo inexistente la supuesta orden de contratación indicada por aquel; que esa empresa no actúa como simple intermediaria, sino como empleador del demandante, al operar como contratista en su calidad de operador logístico, prestando servicios especializados de logística, quien actuando por su cuenta y riesgo, contrató sus propios trabajadores, pagó todos los derechos laborales, afiliándolos a las entidades de seguridad social, es decir, desarrolló el contrato comercial por su cuenta y riesgo, de tal manera que al no ser el actor su trabajador, no tiene derecho constitucional ni legal para acceder a los beneficios de la convención colectiva, sin que esté obligada a pagar las acreencias reclamadas.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, carencia del derecho reclamado, inexistencia del contrato realidad, validez jurídica de los contratos de prestación de servicios celebrados con sus contratistas, evidente uso abusivo del derecho sindical por parte del demandante, cobro de lo no debido, buena fe de Bavaria, mala fe de la parte demandante, prescripción, pago, compensación, y la “genérica”.

3. Integración de la Litis: En audiencia llevada a cabo el 2 de septiembre de 2020, se integró el contradictorio con la Agencia de Servicios Logísticos S.A.S. (fls. 248 y 249 PDF 01); quien al contestar la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, bajo el argumento que el demandante está desconociendo a su real empleador con quien celebró contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de octubre de 2015 hasta el 8 de julio de 2018 que al suscribir ese contrato tenía claro que su empleador era ASL S.A., por lo que no se estaba vinculando a ninguna empresa intermediaria.

También explicó que es una sociedad legalmente constituida, cuyo objeto principal es el de prestar servicios de operación logística de productos nacionales o extranjeros importados, elaborados y/o comercializados por empresas nacionales y/o extranjeras registradas legalmente en Colombia; para el cumplimiento de su objeto social ha celebrado contratos comerciales con diferentes empresas entre ellas Bavaria S.A. –contrato CT-2017-94-; no desempeña funciones propias de la industria, ya que estas corresponden a las de un operador logístico, actúa como



contratista independiente, con autonomía financiera y administrativa; no tiene sindicatos adscritos a su nombre, ejercía facultad disciplinaria frente al demandante; era a ella a quien éste solicitaba sus vacaciones, el retiro de cesantías con destino a reparaciones locativas.

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

4. Sentencia de primera instancia.

La Jueza Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, en sentencia proferida el 29 de junio de 2021, declaró la existencia del contrato de trabajo del demandante con Bavaria S.A., entre el 5 de octubre de 2015 y el 8 de julio de 2018 y le impuso costas, la absolvió de las demás pretensiones, al igual que a la Agencia de Servicios Logísticos S.A., de todas y cada una de las súplicas.

Como fundamento de la decisión, expuso que con la prueba testimonial decretada a instancia del demandante –Laureano Vija Ciendua y Luis Ángel Gaona Botello- se logró acreditar la prestación del servicio de éste como montacarguista en las instalaciones de Bavaria S.A. y bajo las órdenes de personal de esa empresa, además, los testimonios de la pasiva –Tatiana Perdomo y Néstor Cajamarca- no tenían la fuerza para desvirtuar la presunción de subordinación del aquí demandante respecto de la accionada; por tanto, aunque documentalmente se acreditaba la vinculación con la ASL, lo cierto era que en virtud de la primacía de la realidad se demostró que verdaderamente el contrato declarado fue con Bavaria S.A.. También, consideró que *“...el despacho no evidencia aquí realmente que el aquí demandante estuviese bajo las órdenes de personal de ASL, ... y que Bavaria en realidad se hubiese desprendido de la ejecución de esa parte de cargue y descargue, manejo, alimentación de líneas, como quedo acreditado dentro del mencionado proceso, en la medida en que daba órdenes a través, con sus trabajadores directos, con Didier Mora y Enrique Daza. Claro es dentro del presente proceso que prima la realidad sobre las formalidades esto lleva necesariamente a concluir que debe declararse la existencia de un contrato de trabajo...”*.

Declaró no probada la tacha respecto a la declaración de Laureano Vija Ciendua, señalando que *“...aunque el señor Laureano tuvo tacha, también es sabido que el hecho de demandar o buscar la declaratoria del contrato realidad, es decir, demandar a Bavaria S.A.,*



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

en este caso como quedo acreditado, por sí mismo no hace, es decir, no hace que no pueda declarar y que su testimonio no haya podido ser tenido en cuenta, por lo que la tacha, efectivamente en este caso, no prospera...”.

Y absolvió de condenas económicas, al advertir que no se había acreditado que al demandante se le hubiese dejado de pagar alguna suma, que al ser éste sindicalizado no se le aplicaba el pacto colectivo allegado por Bavaria, y dado que no se aportó la convención colectiva no era posible determinar si se le aplicaba algún beneficio durante la vigencia del contrato

5. Recurso de apelación de la demandada Bavaria S.A.. Inconforme con la sentencia, dicha accionada presentó recurso parcial de apelación, el cual sustento con los siguientes argumentos: *“(...) me permito formular, interponer recurso de apelación contra el numeral primero de la sentencia que se acaba de proferir, en el que se declaró contrato de trabajo, en los siguientes términos, y quiero empezar dejando claro una anotación del motivo por el cual se apela. En el presente caso no se impuso sanción económica alguna a Bavaria, por lo cual, si Bavaria estuviera intentando ocultar información y estuviera intentando contratar a terceros para ocultar relaciones laborales, no estaríamos apelando en este momento y apelamos básicamente porque, no estamos de acuerdo con las consideraciones con las que llega el despacho para declarar el contrato de trabajo. Para nadie es un secreto el principio de la primacía de la realidad sobre las formas que permea todo el derecho laboral en Colombia, somos conocedores de este. Ahora, el despacho llega a la conclusión de la existencia de un contrato de trabajo entre Bavaria y el señor demandante a través de los dos testimonios que fueron traídos por la parte demandante, y le ruego al honorable Tribunal, le ruego que escuche esos testimonios y cuando yo en los alegatos decía que son unos testimonios absolutamente libretados, es porque no me estoy equivocando, son personas que se les dijo y saben exactamente qué tienen que decir, pero al momento de fundamentar los motivos, no tienen ni idea de nada, todo es Bavaria a través de un tercero ASL, todo, todo lo hizo a través de ASL. ¿Como saben de eso? ni idea, ¿conocían? no tienen ni idea, ninguno de los testigos dijo que estuvo durante todo el tiempo en el que el señor demandante prestó su servicio de montacargas, en todo caso, se declara el contrato de trabajo entre el 05 de octubre de 2015 y el 08 de julio de 2018, o sea, hay periodos en los que no se tiene ni idea de qué sucedió, y en todo caso, se indica que por primacía de la realidad, se condena o se declara este contrato. No cabe ninguna duda, y lo digo así porque se puede analizar de revisar la práctica de las pruebas el día de hoy, el propio testigo Laureano con el que le dieron la máxima credibilidad posible, indicó que actualmente está trabajando vinculado directamente con Bavaria en virtud de una acción de tutela, y cuando se le preguntó, ya que él es trabajador de Bavaria, si conoce trabajadores montacargas o auto elevadores, como quiera que se les denomine, dijo que no, porque es que en Bavaria no existe ese cargo, ninguno de los dos, acá no estamos diciendo, cambiando la denominación, ese cargo no existe, nadie, ningún trabajador de Bavaria presta ese servicio, el señor Laureano cuando estaba vinculado con ASL prestaba esos servicios de montacargas y ahora que está vinculado laboralmente con Bavaria en virtud de una orden judicial, no está en ese cargo, y no está en ese cargo porque no existe ese cargo.*

También me alejó por completo de las consideraciones de la señora juez en lo relativo con las vacaciones, con las cesantías, con los procesos disciplinarios, porque es que las pruebas se tienen que analizar en conjunto y acá salta a la vista la falta de verdad por parte del demandante, y así como el doctor Martín solicitó la copia del interrogatorio de parte de Bavaria, que está en todo su derecho, yo también estoy en este momento



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

haciendo solicitud de que se me entregue copia de toda la audiencia del día de hoy, en la que conste el interrogatorio de parte rendido por el demandante, así como todos los testimonios, ¿y porque es? yo le pregunté al demandante que si él pedía vacaciones y él dijo que no, que eso era que se acercaba una niña de Bavaria y se las daba, ¿quién era?, ni idea, quien era esa niña de Bavaria ni idea, circunstancias de tiempo, modo y lugar, ni idea, pero bueno, pues como nosotros no conocemos en estricto sentido al señor, pues me quedé con esa respuesta, pero oh sorpresa, a los 5 minutos se hace el interrogatorio por parte de ASL, en el que se le pregunta si él solicitó a ASL vacaciones, y el que dijo, sí, ¿no es eso mentir? él también decía no a mí me lo paga a las prestaciones sociales en Bavaria a través de ASL, lo que digo totalmente libretado, después en el interrogatorio de ASL le preguntan si él solicitó un retiro parcial de cesantías a ASL, dice que sí, o sea, quién le pagaba las prestaciones sociales, ASL, se reitera en los alegatos de la parte demandante que ASL es una sociedad de papel, no estoy poniendo palabras que no se hayan dicho, sociedad de papel, si eso es cierto que se haga una investigación a ASL, que se revise qué clientes tienen, cómo desarrolla sus actividades, eso es faltarle el respeto a una empresa ni siquiera a la que yo defiendo, a todos sus trabajadores, eso es faltarle el respeto a ellos, ASL es una empresa seria, especializada y que desarrolla actividades de operación logística, una actividad completamente legal en Colombia, entonces porque lo desarrolle y haya tenido contratos con Bavaria, ¿eso lo hace una sociedad de papel? entonces ¿Bavaria es dueña de todas esas otras empresas de las que dijeron los testigos tienen contratos con ASL? Por Dios, le salieron a Bavaria hoy como 15 empresas nuevas.

Entonces reiteró la completa contradicción y la falta de fundamento que existe entre lo manifestado, tanto por el demandante y sus testigos como con la realidad, nótese Tribunal, honorable Tribunal, la diferencia que existe entre la amenaza que hace el doctor Martín de que la representante legal de Bavaria estaba mintiendo, sus respuestas negaban lo que se le trataba de afirmar por parte de Martín, lo cual es completamente normal, pero ella no se quedaba en eso, explicaba cuáles eran los motivos, circunstancias de tiempo, modo, lugar, en cambio cuando yo o la abogada de ASL hacía preguntas al demandante o a los testigos, primero, decían por supuesto todo Bavaria, el demandante hacía con gestos no tengo ni idea de quién es ASL, o sea, él dijo que casi no se acuerda del nombre de su empleador, le costó memorizarse las 3 letras, pero cuando nosotros, por supuesto ellos están en todo su derecho de negar o dar su versión, pero cuando se le pregunta circunstancias de tiempo, modo y lugar, lo que le da validez, credibilidad a un testimonio, no decían nada. ¿A usted como le consta que Bavaria le pagaba?, no porque sí, porque éramos trabajadores, compañeros de trabajo, ¿es esa la prueba para acreditar el pago de salarios, prestaciones sociales, afiliaciones a la Seguridad Social? a mí me genera una duda absurda, y la señora juez no declara o no tiene por probada la tacha que se formuló por parte de Bavaria contra el señor o el testimonio del señor Laureano, diciendo que presentar una demanda solicitando el contrato realidad no implica que se desestime su testimonio, y es que, por sí, en eso concuerdo con la señora juez, pero es que la tacha no es por ese motivo, la tacha es porque el señor no es imparcial, no es objetivo, y para eso basta remitirse a la práctica de la prueba, que el señor sabía exactamente qué tenía que decir, como lo tenía que decir y al momento de justificar sus respuestas, ni idea, ni idea. En ese sentido, honorable Tribunal, solicitó de la manera más respetuosa que se revoque este numeral primero en el que se declara el contrato realidad, y no es porque queramos molestar o porque que sea un capricho de Bavaria, reiteró no se impuso condena económica alguna, como dirían en las universidades, es un fallo de enmarcar, pero Bavaria no va a permitir que se lleguen con mentiras, con irregularidades, con falacias, con testimonios libretados a estas conclusiones. Reiteramos, somos conocedores de los principios, del principio de la primacía de la realidad, de todos los principios de la normatividad laboral, y por eso reiteramos, tanto a Bavaria como ASL han actuado de la mejor manera posible, con total apego de la ley y no es justo que ahora se haga pasar a ASL como una empresa de papel y a Bavaria como un monstruo laboral que intenta ocultar relaciones laborales, porque no lo es y eso es faltarle el respeto a las empresas y a sus trabajadores, muchas gracias señora juez...”.



6. Alegatos de conclusión de segunda instancia. Dentro del término de traslado, sólo Bavaria S.A. presentó alegatos de conclusión. Solicita se revoquen los numerales 1° y 2° del fallo, precisando, además de reiterar los argumentos expuestos en la apelación, que con el actor jamás ha existido contrato de trabajo, ni de ninguna otra naturaleza, por lo que nunca lo remuneró ni subordinó; que en virtud del contrato comercial que sostuvo con la Agencia de Servicios Logísticos S.A., dicha empresa le prestó el servicio de operación logística de forma autónoma e independiente, haciendo uso de su propio personal y sin que Bavaria tuviera injerencia alguna; que el actor confesó en su interrogatorio haber suscrito contrato con la mencionada empresa, que le solicitaba vacaciones, así como el retiro parcial de cesantías y le adelantó proceso disciplinario en su contra; reitera que las versiones que tuvo en cuenta el *a quo*, en su sentir, no generan certeza o confiabilidad alguna, los testigos sabían lo que tenían que decir; y que no entiende porque no se le dio credibilidad a los testigos de la sociedad ASL, quienes explicaron claramente en qué consistía la relación comercial con Bavaria, el servicio de operación logística, que era ésta quien capacita, remunera, disciplina y contrata su propio personal y es quien imparte las órdenes, instrucciones y directrices a sus trabajadores. Señala que, resulta inentendible la forma en que el *a quo* fijó los extremos temporales de la supuesta relación laboral, en tanto le bastó la fecha que refirió el demandante en su interrogatorio para determinar el extremo final, sin que exista prueba alguna, siquiera indiciaria, que lleve a establecer que el demandante prestó servicio alguno a ASL y/o Bavaria hasta el 8 de junio (sic) de 2018; y como quiera que no se reúnen los elementos esenciales del contrato de trabajo declarado en primera instancia, se deberá absolver de todas las pretensiones incoadas en su contra.

7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. Con sujeción al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la sala resolver si entre el demandante y Bavaria S.A., existió un contrato de trabajo dentro de los extremos que definió el *a quo* y de otra parte, se revisará en consulta la sentencia de primera instancia, al no haber prosperado ninguna de las pretensiones condenatorias formuladas por el demandante en su demanda, acorde con el artículo 69 ibídem y las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, STL-2560, radicado 88077 de 20



de febrero de 2020, radicado 39071 de 10 de julio de 2012, radicado 27846 de 31 de enero de 2012, entre otras .

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

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

9. Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es). Arts. 22, 23, 24 CST., 61 CPTYSS, 166 y 221 CGP; Decreto 4588 de 2006 y Ley 1233 de 2008; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencias 22842 de 2004, 39600, 41198 y 41890 de 2012, SL6441 de 2015 y SL467 y SL2879 de 2019, STL-2560, radicado 88077 de 20 de febrero de 2020, radicado 39071 de 10 de julio de 2012, radicado 27846 de 31 de enero de 2012.

Consideraciones

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

La jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que, para que se active la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, a la parte demandante solo le basta con acreditar que prestó servicios personales para otra persona natural o jurídica, por lo que, una vez demostrado ese elemento, corresponde a la parte demandada desvirtuar esa presunción mediante la prueba de los hechos contrarios, es decir, de la acreditación de que ese servicio no se prestó bajo subordinación y dependencia, sino de manera autónoma e independiente, o en beneficio de otra persona (CSJ SL2879-2019).

En este punto, hay que señalar que la palabra **presumir** significa tener por demostrado un hecho hasta que no se acredite lo contrario tal como se desprende de la lectura del artículo 166 del Código General del Proceso, aplicable a los procedimientos laborales por virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo



y de la Seguridad Social. Por su parte, el vocablo **desvirtuar** implica que se acrediten los hechos contrarios que sirvieron de base a la presunción aplicada, es decir, en el caso de la presunción del contrato de trabajo, que la parte demandada elimine el hecho base.

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

El apelante repara que la falladora de instancia para encontrar acreditada la prestación del servicio del demandante a favor de la empresa Bavaria S.A., hubiere dado credibilidad a las declaraciones rendidas por los señores Laureano Vija Ciendua y Luis Ángel Gaona Botello, considerando que sus versiones no son imparciales ni objetivas, como quiera que “...son testimonios absolutamente libretiados...”, aunado a que la tacha de sospecha que propuso frente al testigo Laureano Vija, no fue tenida en cuenta.

Así, escuchadas cuidadosamente las declaraciones rendidas por los citados testigos, no observa la Sala que las mismas se dieran en los términos referidos por el apelante; pues la circunstancia que aquellos señalaran que el conocimiento de los hechos sobre los cuales se les preguntaba y que expusieron, lo obtuvieron en razón de haber prestado sus servicios en las instalaciones de Bavaria y por consiguiente haber sido compañeros del accionante, no lleva por si solo a determinar que sus versiones sean amañadas, parcializadas o que se les dijo lo que tenían que manifestar; recuérdese que ambos declarantes mencionaron haber prestado sus servicios en el mismo lugar en que lo hacía el accionante, desempeñando igual labor –montacarguistas-, incluso, compartieron en ocasiones, turnos con aquel; siendo lógico inferir que al ejecutar la misma labor que el actor, conocían la manera como ésta se desarrollaba, si les daban alguna instrucción o directriz para su ejecución, de quien provenía ésta, quien determinaba los turnos, como se daban a conocer los mismos, etc., y por ende, se refirieran a los supuestos fácticos preguntados, en términos similares.



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

Considera la Sala también, que para llevar certeza del conocimiento de los hechos que exponga un declarante, no es necesario que durante todo el tiempo en que se reclama la existencia del nexo contractual, éste permanezca cerca, acompañado o realizando la misma actividad de quien solicita tal declaratoria, sino que el deponente dé razón de la ciencia de su dicho, el modo y lugar en la que obtuvo el conocimiento expuesto; y fue lo que hicieron los mencionados declarantes, se reitera, ellos observaron y evidenciaron directamente la forma en que desarrolló su labor el actor y lo que sucedía a su alrededor como lo expusieron, sin que se advirtiera alguna circunstancia particular que evidenciara parcialidad o falta de espontaneidad en sus versiones.

Ahora, la circunstancia que el testigo Laureano Vija Ciendua, hubiere interpuesto demandas contra Bavaria, y que actualmente se encuentre reintegrado a la compañía en virtud de una acción de tutela –supuestos que soportaron la tacha formulada- no son razones suficientes y admisibles para considerar, como lo hace el apelante la falta de parcialidad y objetividad en su declaración; al respecto la jurisprudencia ordinaria laboral tiene definido que no por el solo hecho de que una persona hubiera promovido un proceso judicial en contra de otra –natural o jurídica- necesariamente deba desestimarse su versión (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 41198). Esto, es así porque si el declarante estuvo presente cuando sucedieron los hechos, o fue cercano a estos, y da noticia de ellos, su versión puede ser relevante e ilustrativa a fin de establecer la verdad real; además, en un proceso laboral, es habitual que quienes rinden testimonio sean las personas que conviven en la empresa, y que entre sí tienen tratos de diferente índole, por ejemplo, jerárquicos, de amistad, o al menos de compañerismo, dado que adquieren un conocimiento directo de los hechos (CSJ SL, 30 sep. 2004, rad. 22842); por tanto, se considera que acertó la falladora de instancia al dar mérito probatorio a dichas versiones, ya que analizadas en conjunto con los demás medios de prueba, se logra determinar que el demandante sí laboraba al servicio de Bavaria S.A., en sus propias instalaciones.

Es así, que Laureano Vija Ciendua, refirió que actualmente se encuentra vinculado con la accionada por orden de tutela, ya que “...me encontraba enfermo al momento del despido...”, que conoció al actor dentro de las instalaciones de Bavaria, siendo compañeros de trabajo entre los años 2015 y 2018, que ambos fueron operarios de montacarga, indicó que el accionante trabajaba en la línea uno,



surtiendo la línea con envase, retirando el producto terminado, marcando los módulos, haciendo modulación –apilar el producto por naves, de 4 niveles de alto por el ancho que se le indicara- de acuerdo a las marcas que se estuvieran produciendo –Águila, Póker, Costeña o Club Colombia-, que los señores Didier Mora y Enrique Daza eran los encargados de direccionar las labores del actor, como empleados de la accionada, ingenieros de la línea, quienes se identificaban con los respectivos uniformes de Bavaria, y daban órdenes sobre qué productos se iban a producir, qué módulos se iban a marcar, donde se iba a ubicar el producto y qué tipo de envase se iba a trabajar en los diferentes turnos; que se laboraba en tres turnos rotativos “...6 a 2, 2 a 10 y 10 a 6...”, y la programación de éstos, así como de las líneas en las que iban a estar, se publicaba en las carteleras de Bavaria, especialmente en las líneas de envase, en la oficina donde estaba el jefe de la línea.

También señaló dicho testigo, que el montacargas en el que prestaba sus servicios el demandante era de Bavaria, lo que asevera porque tenían el logotipo de esa empresa, aunque admitió no haber visto documento alguno que diera cuenta de esa situación, que las cajas y estibas “...uno de los elementos principales con los que se trabajaba, y los envases también esta marcados con el logo de Bavaria...”; y que el pago del salario del actor lo hacía la demandada “...a través de intermediarios...”, por cuanto en los desprendibles aparecía en la parte superior el nombre de Bavaria.

El testigo Luis Ángel Gaona Botello, refirió que se desempeña como operario de montacarga en Bavaria S.A., que conoció al actor en el año 2015 cuando aquel entró a trabajar a dicha empresa como montacarguista, desarrollando su labor en la línea uno donde la surtía de materia prima y sacaba el producto terminado para modular –arumar y verificar que todo se hiciera al pie de la letra-, que quienes le direccionaban las labores eran “...Didier Mora que es el ingeniero de la línea uno...” y también “...Alberto Sarmiento...” y otro señor, que “...ellos son ingenieros de Bavaria, que son los que dirigen la línea uno, él –refiriéndose a Didier- estaba en ese momento ... porque a ellos los están rotando...”, situación que indica porque estuvo compartiendo turno con él unos días, precisó que “...más que todo el ingeniero le da la orden a uno para que marquemos el envase, que carguemos la línea, que hagamos el procedimiento...”; mencionó también que la labor la ejecutaban en tres turnos, los cuales eran programados y se publicaban en la línea y en la oficina; y que no sabía si había personal de ASL y que le diera órdenes al demandante.



La referida prueba testimonial, permite acreditar la prestación del servicio del actor en las instalaciones de la empresa demandada, ejecutando labores relacionadas estrechamente con el objeto social y actividad económica principal de Bavaria S.A., porque se trata de una actividad conexas y complementaria a la labor de fabricación de cervezas y otras clases de bebidas, así como a la adquisición, enajenación, comercialización, distribución, exportación y almacenamiento de sus productos; ya que como montacarguista, el accionante participaba activamente en las líneas de producción, bajo la dirección e iniciativa de personal adscrito a la entidad demandada; circunstancias que dan cabida a la aplicación de la presunción del artículo 24 de la norma sustantiva laboral, para tener por acreditado el contrato de trabajo.

Se dice lo anterior, porque para la Sala, la sociedad demandada no logro desvirtuar dicha situación, vale decir la existencia del contrato de trabajo con ésta; pues aunque lo admitió el demandante en el interrogatorio de parte y así se demostró que el 5 de octubre de 2015 suscribió contrato de trabajo con quien sostiene la pasiva era su directo empleador –Agencia de Servicios Logísticos S.A. (fls. 74 a 81, 165 a 173, 304 a 313 del PDF 01), ésta le pagaba el salario, las prestaciones sociales, seguridad social, como se colige de los desprendibles de pago, de la solicitud para retiro de cesantías de 25 de abril de 2017, de la comunicación de concesión de vacaciones de junio 13 de 2017 (fls. 68 a 73, 320, 342 a 346 del PDF 01, y 1 a 9 del PDF 02), le adelantó proceso disciplinario y sancionó con un llamado de atención (fls. 321 a 341 de PDF 01), tales probanzas no son de la suficiente entidad para enervar el convencimiento que emerge de los medios de prueba referenciados y que llevan a tener como verdadero empleador del actor a Bavaria S.A., dado que permiten evidenciar situaciones como la forma en que se desarrolló la relación, esto es que se le impartía órdenes por el personal vinculado directamente con ella, que los medios de trabajo y los locales eran suyos, así como que las actividades ejecutadas eran inherentes a su objeto social y estaban ligadas con su actividad económica principal y, era quien se beneficiaba de los servicios prestados; aspectos que surgen con mayor fortaleza para definirla como la real empleadora.



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

Aunado a ello, obsérvese que los testigos Tatiana Perdomo Polo y Néstor Enrique Cajamarca García, empleados de Agencia de Servicios Logísticos S.A. “ASL S.A.”, no pudieron dar cuenta de la dependencia del accionante respecto de esa empresa, porque manifestaron no conocerlo; pese a indicar, la primera ser Líder Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, el segundo Auxiliar en la sede principal de ASL; y precisar Tatiana que estuvo en el año 2018 en las instalaciones de la accionada en Tocancipá, haciendo una validación en los temas de seguridad que manejamos con el equipo de trabajo; y Néstor haber asistido tres meses en el años 2015 a dichas dependencias, a impartir capacitación a los montacarguistas que estaba vinculado ASL; así mismo indicó la Líder de seguridad, que ASL es un operador logístico de Bavaria *“...somos los garantes pues ...en prestar el servicio en la parte interna de un depósito si, de custodiar el producto, si el cargue y descargue como tal, de almacenarlo y de garantiza que salga en muy buen estado al comercio...”* y por tanto *“...somos autónomos porque de hecho tenemos, nuestra empresa está legalmente constituida, un manual de funciones, unos estándares y unas metas, de hecho sí que de ahí partimos para poder garantizar que garanticemos que seamos un operador logísticos y que podamos cumplir con los estándares en general...”*.

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

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



La jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que, a pesar de que la descentralización productiva y la tercerización, entendidas estas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico laboral que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico a fin de ser más competitivas, estas no pueden ser utilizadas *«con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades»*, en razón a que *«debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial»*, y que cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos, sino para evitar la contratación directa mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y aparato productivo especializado, *«estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal»* (CSJ SL467-2019). La Corte, en dicho pronunciamiento, también sostuvo que *«aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitida en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal»*.

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

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

(…)

b) Los intermediarios».

«ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.



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

1. *Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*

2. *Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.*

3. *El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas...”.*

La Corporación, ha considerado que esa disposición contiene varios ingredientes normativos que vale la pena subrayar comoquiera que se expresan de manera patente en el presente caso, como la utilización de locales, equipos y herramientas de Bavaria S.A., los servicios son para su beneficio y las actividades desarrolladas están en conexión con las labores ordinarias de dicha demandada.

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

“(...)como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

“a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

“b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario “representante” del empleador.

“La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es



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

*real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del CST y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). **Empero, si a pesar de la apariencia formal de un “contratista”, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.***

“Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas»(CSJ SL, 27 oct. 1999, rad. 12187 y SL868-2013)

Para esta Sala, la presunta libertad, especialidad y autonomía que supuestamente tenía el operador logístico ASL SAS, no quedó determinada, ni definida claramente en este proceso; ya que la injerencia de Bavaria S.A. en la estructura del operador logístico puede deducirse del contenido del mismo contrato de operación logística en donde se establecen cláusulas que ponen en entredicho la supuesta autonomía e independencia de ASL, en especial, cuando se plantea que Bavaria S.A., a través de un supervisor o coordinador debe colaborar con el operador para el mejor éxito del servicio contratado, o que podía exigir el cabal cumplimiento del contrato y de sus especificaciones, o que estaba habilitado para practicar la inspección de la operación y celebrar reuniones diarias para verificar los despachos de productos y empaques efectuados por los distribuidores, u ordenar que se repitieran o mejoraran los servicios defectuosos, o exigir la adopción de medidas de seguridad (fls. 174 a 210 y 118 a 46 de PDF's 01 y 02).

También obra el contrato de arrendamiento de montacargas y servicio completo de mantenimiento No. CTF15-000175 celebrado entre ASL y Distribuidora Toyota (fls. 48 a 59 de PDF 02), el cual refuerza que ASL no tenía herramientas e, incluso, aparece Bavaria S.A. como «fiadora».

Además, no puede desconocerse que las instrucciones, órdenes y verificación del cumplimiento de los turnos de trabajo eran impartidas por el personal



de Bavaria SA., es decir, que en este caso se dejó en evidencia que la entidad intervenía en la ejecución de las labores del actor y, por ende, ASL no podría ser catalogada como un contratista independiente en los precisos términos del artículo 34 del mismo estatuto sustantivo laboral, según el cual está caracterizado por ser *«personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva»*.

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

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

En este punto, la Sala enfatiza una vez más que, no es que se niegue la posibilidad de que las empresas contraten con terceros la realización de algunas actividades especializadas, e incluso que, las mismas se ejecuten en las instalaciones de la contratante, pero tampoco se trata, como antes se dijo de una



potestad absoluta e ilimitada, y en el presente asunto se observa que la conducta de la demandada no encaja en esa hipótesis.

Por último, frente al extremo final del contrato, respecto del cual señala el apelante en sus alegaciones en segunda instancia, que no hay prueba alguna de la prestación del servicio “...hasta el día 8 de junio (sic) de 2018, sin que sea posible para el juez inventarse una fecha de terminación del contrato...”; debe decirse que ello no se acompasa con la realidad procesal, pues baste con revisar la respuesta dada por la integrada a la Litis, la Agencia de Servicios Logísticos S.A. “ASL S.A.”, quien en la contestación de la demanda, al pronunciarse sobre las pretensiones adujo desconocimiento del actor “...a su real empleador con el cual tuvo vínculo laboral mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el día cinco (05) de octubre de 2015 hasta el **ocho (08) de julio de 2018...**” (fl. 258 de PDF 01), siendo esa fecha la que tomó la *a quo* como extremo final, ante la confesión de quien se pregonaba empleadora del accionante; por lo que se reitera, se encuentra alejado de la realidad procesal tal reparo.

Ahora, en grado jurisdiccional de consulta, se revisa la sentencia, dado que solo prosperó la pretensión declarativa de la existencia del contrato de trabajo, pero hubo absolución de las pretensiones de condena, conforme a los precedentes legales y jurisprudenciales mencionados en este proveído, considerando que obró bien la juzgadora de instancia al absolver a la pasiva, toda vez que, en efecto en este asunto, el demandante no acreditó que se le hubiese dejado de pagar alguna suma, obsérvese como en el interrogatorio de parte absuelto, aquel admitió que a la finalización del contrato la empresa Agencia de Servicios Logísticos S.A. “ASL S.A” le pagó “...La cantidad, en este momento, exacta no me acuerdo, eran como 2 millones, 2 millones algo, por mis cesantías, primas, primas y que, primas y vacaciones, pero me lo pagó Bavaria por medio de ASL...”.

Además, examinados los pedimentos, los mismos se encaminaban al reconocimiento del salario que alegó el actor estaba pactado en convención colectiva para el cargo de “*auto elevador*” y consecuentemente, el reajuste de prestaciones sociales, así como aquellos beneficios extralegales establecidos en la misma, como quiera que se encontraba afiliado a la organización sindical “*Sinaltraceba*” existente en la demandada (hechos 21 a 24, fl. 5 de PDF 01); sin embargo, si bien aparece comunicación de 22 de diciembre de 2017, mediante la



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

cual el Presidente de la Subdirectiva Seccional Tocancipá, informa a Bavaria de la afiliación del accionante a ese organismo sindical (fls. 66 y 67 de PDF 01); no se allegó el acuerdo convencional correspondiente, donde se pudiese establecer beneficios extralegales y determinar cuáles no le fueron aplicados al accionante, para fulminar una eventual condena por rubros que no le hubieren sido cancelados.

Lo anterior, toda vez que no había lugar a que se le aplicara el pacto colectivo suscrito por Bavaria y los trabajadores no sindicalizados, que allegó la demandada (PDF 05); ya que al estar sindicalizado el trabajador se le aplicarían los beneficios pactados en la convención colectiva, pero como no fue aportado dicho instrumento, se reitera, no era posible determinar si se le aplicaba para pagar algún rubro durante la vigencia del contrato, tal como lo definió la falladora de instancia.

En consecuencia, se confirmará la decisión apelada y consultada, y se impondrán costas a cargo de Bavaria, dado que no prosperó el recurso. Fíjese como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, el 21 de junio de 2021, acorde con lo aquí considerado.

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

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

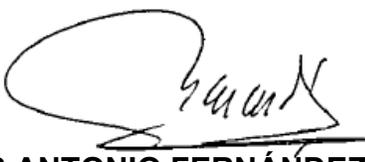


Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado