



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

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2018 00207 01

Edwin Alberto Gómez Rojas vs. Bavaria S.A. y Otro.

Bogotá D. C., nueve (09) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, resuelve la Sala los recursos de apelación presentados por las partes, contra la sentencia proferida el 1° de julio de 2021 por Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia que promoviera **Edwin Alberto Gómez Rojas** contra **Bavaria S.A.** en el que se vinculara a 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. Edwin Alberto Gómez Rojas, mediante apoderada judicial, promovió proceso ordinario laboral contra Bavaria S.A., con el fin de que se declarara la existencia de un contrato de trabajo desde el 3 de agosto de 2015 y, en consecuencia, se condenara al pago de las diferencias salariales causadas durante toda la relación laboral, conforme al salario asignado a los montacarguistas u operario de auto elevador, la reliquidación del auxilio de cesantías, de intereses sobre las cesantías, de prima de servicios, de vacaciones, aportes a seguridad social en pensiones, beneficios legales y extralegales que gozan los trabajadores directos de la empresa, indexación, ultra y extra y, costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que desde el 3 de agosto de 2015 se vinculó a la accionada a través de la empresa intermediaria



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

AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A., en el cargo de montacarguista u operario de autoelevador –labor permanente en la accionada-, recibiendo como salario mensual inicial la suma de \$900.000, aumentado en diciembre de 2015 a \$1.200.000, suma que se ha mantenido hasta el año 2018; 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; la remuneración mensual de la accionada la recibe a través de Agencia de Servicios Logísticos ASL, sin que le pague el salario que tienen asignado los empleados directos de la empresa que ejercen la misma función, ni ha recibido el reajuste de sus cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones y prima de servicios.

Agregó que la AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A., ejerce sin autorización del Ministerio del Trabajo intermediación laboral, suministrando personal para ejercer labores permanente distintivas y directamente relacionadas con el objeto social de la accionada, con conocimiento de la misma; que al ser contratado por un tercero, no estaba facultado para suscribir o adherirse al pacto colectivo existente en la empresa; por lo que en diciembre de 2017 hizo parte de la constitución de la Subdirectiva del Sindicato Nacional “*Sintracergal*”, designado como suplente en la junta directiva, y también se afilió a “*Sinaltraceba*”.

La demanda fue admitida el 26 de julio de 2018, disponiéndose la vinculación de la empresa **Agencia de Servicios Logísticos S.A.**, y ordenándose la notificación personal de la parte accionada (fl. 64 de PDF 01).

2. Contestación de la demanda. Dentro del término de traslado, **Bavaria S.A.** dio respuesta a la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, al considerar que el accionante nunca fue o ha sido su trabajador, por consiguiente no hay lugar al reconocimiento de las acreencias que se reclaman en la demanda, que aquel fue trabajado de ASL y es quien debería responder. Negó todos los hechos, sosteniendo que no es verdad que hubiera vinculado al accionante a través de la Agencia de Servicios Logísticos, pues aquella es una empresa independiente y



nunca fungió como intermediaria, que la misma actuó como operador logístico. Precisó, que el accionante nunca ha trabajado y mucho menos ha estado subordinado a Bavaria, jamás le impartió órdenes o asignó funciones, tampoco le han pagado salarios, prestaciones sociales o enviado dineros a alguna presunta organización sindical por concepto de afiliaciones a nombre del actor.

Dijo, que celebró con la Agencia de Servicios Logísticos S.A., contrato de prestación de servicios de operación logística, todo de conformidad con la especialidad y manejo del contratista en esos asuntos, donde ella fue contratante y la aludida sociedad un contratista independiente, conforme lo dispuesto en el artículo 34 del CST; por lo que en desarrollo de la contratación de prestación de servicios de operación logística, aquella debió contratar personal para la ejecución de los acuerdos de voluntades celebrados, por lo que era lógico que fuera la misma quien le diera órdenes, asignara funciones, pagara salarios y prestaciones sociales, entre otras obligaciones que como empleadora debía satisfacer. Reiteró que nunca existió contrato de trabajo con ella.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del contrato de trabajo (fls. 182 a 197 de PDF 01).

La **Agencia de Servicios Logísticos S.A.**- si bien, allegó escrito de contestación de la demanda (fls. 80 a 87 ídem), no obstante, lo hizo por fuera del término legal, tal como se indicó en auto de 26 de septiembre de 2019, con el cual se tuvo por no contestada la demanda por parte de ésta (fl. 278).

3. Sentencia de primera instancia.

La Jueza Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, en sentencia proferida el 1° de julio de 2021, declaró la existencia del contrato de trabajo del demandante con Bavaria S.A., entre el 30 (sic) de agosto de 2015 y el 28 de febrero de 2018 y condenó a la demandada pagar al accionante \$2'916.060 por diferencia salarial convencional, \$243.005 por diferencia de cesantías, \$243.005 por diferencia de prima de servicios y, \$5.404.661 por indemnización por



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

terminación del contrato sin justa causa; le impuso costas, señalando como agencias en derecho 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como fundamento de la decisión, sostuvo que aunque el accionante suscribió contrato de trabajo con la empresa Agencia de Servicios Logísticos S.A y., dicha sociedad señale que el vínculo inició el 3 de agosto de 2015, según certificación expedida el 23 de febrero de 2018; en la ejecución del contrato, esa empresa no fue el verdadero empleador sino que lo fue Bavaria; conforme las pruebas y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, pues la prestación del servicio la hizo el actor para Bavaria, moviendo envase de ésta en líneas de producción, y esta empresa tuvo total injerencia en la ejecución de las labores de aquel como operario de montacargas; aunado a que no logro desvirtuar la subordinación.

Precisó, que la versión del testigo traído al proceso –José Carlos Cuadrado- resultaba creíble, ya que había sido compañero del accionante y, compartió turnos con éste; quien mencionó que se encontraban direccionados por Enrique Daza y Didier Mora, líderes Team, empleados directos de Bavaria; que eran éstos los que organizaban reuniones en las que se indicaba lo que se iba hacer en el turno, daban las órdenes a los montacarguistas, y le decían al demandante lo que tenía que hacer; situaciones que llevan a evidenciar que Bavaria no se desprendió de la operación logística, “...está encima todo el tiempo de la operación...”, situación que no puede entenderse como una simple interventoría como lo dice la representante legal; sino como una injerencia constante, que subordina al personal que en principio fue contratado por ASL; lo que no corresponde a la tercerización prevista en el artículo 34 del CST, sino a una intermediación indebida conforme al artículo 35 ibídem; ya que el demandante estaba sujeto a las órdenes del personal directo de Bavaria, convirtiéndolo en empleado de ésta.

Frente al extremo final del contrato, razonó que “...será el último día del mes de febrero del año 2018...”, dado que el testigo dijo que en abril del 2018 fueron sacados, sin embargo no precisa día. Además, consideró que hubo una terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, ya que el testigo señaló que no los dejaron entrar, que llegaron al turno normal y en el molinete no los dejaron pasar, simplemente les dijeron que fueran a unas oficinas donde les iban a arreglar todo.



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

Igualmente indicó, que el accionante era beneficiario de la convención colectiva por estar afiliado a la organización sindical Sinaltraceba S.A., y como la misma fue firmada en el año 2017, y allí estaba el cargo de auto elevador, con un salario de \$88.610 (sic) diarios, cuando al demandante le pagaban \$1'200.000, se advertían unas diferencias salariales y prestaciones, por la que elevo condenó.

4. Recursos de apelación: Inconformes con la sentencia, ambas partes presentaron recurso de apelación, los cuales sustentaron así:

4.1. De la parte demandante: Como fundamento de su inconformidad, señaló: *“...siendo el momento procesal, me permito presentar recurso de apelación ante la sentencia acá dictada, bueno, entonces gracias señoría, bueno sustento mi recurso de apelación y solicitó a los Honorables Magistrados que se tenga en cuenta que, el contrato de trabajo del señor aquí inició el 3 de agosto del año 2015 y finalizó el 8 de julio del año 2018, como se probó con los alegatos de conclusión por la apoderada de la empresa ASL, cuando dijo que el contrato del señor Edwin había terminado el 8 de julio, entonces tenemos los extremos laborales, entonces solicitó que se revoque en forma parcial la sentencia, que se revoque no, perdón, modifique en forma parcial la sentencia, en el sentido de que se paguen las diferencias salariales, la cesantía, las primas, las vacaciones, teniendo en cuenta el salario sí que dijo el despacho, que eran los \$88,601 para un total de \$2'658.030, desde ese momento hasta el 08 de julio de 2018, no únicamente, perdón, no únicamente hasta el mes de febrero, sino de todo el tiempo su señoría, que se paguen esas diferencias, teniendo en cuenta que la representante legal de Bavaria dijo que el cargo de auto elevador, perdón, operario de elevador existía desde el año 2009 en las convenciones, entonces, si bien es cierto que existía ese cargo desde esa fecha, entonces deberíamos hacer la liquidación con el valor de la convención del año 2007 (sic) del salario, de acuerdo al grupo 7 0, que aparece en la convención del año 2017, pero desde que inició el trabajador, esto es desde el 03 de agosto de 2015, no le podemos dar una diferencia únicamente de unos pocos meses, así la convención tenga fecha del 2017, pero ella lo ratificó y lo retiró que ese cargo viene en la convención desde esa fecha, entonces, al declarar que el trabajador fue un empleado directo de Bavaria, así mismo, se le debe dar el salario desde el año 2015 que correspondía a este cargo, Honorables Magistrados; entonces, en cuanto a eso, yo si solicitó que se pague todo el tiempo de esa diferencia y en cuanto al resto, pues, que se confirma la sentencia, muchas gracias...”*

4.2. De la demandada Bavaria S.A.. Expuso su reparo así: *“...Bueno gracias señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, manifiesto respetuosamente que interpongo recurso de apelación en todo lo desfavorable a los intereses de mi representada, en el presente proceso de Edwin Alberto Gómez Rojas contra Bavaria y ASL.*

Sustento el recurso en los siguientes términos, en primer lugar, en lo que tiene que ver con el contrato realidad, manifiesto respetuosamente que no es cierto, como lo dedujo el despacho, que el demandante, primero que Bavaria tuviera el control de la operación logística, en este proceso no está acreditado que Bavaria tuviera el control de la operación logística, por varias razones, una: está el contrato de operación logística precisamente entre Bavaria y ASL, el contrato claramente dice cuáles son las tareas y las actividades que debe realizar el operador logístico, y seguramente, tal como lo dijo la representante legal en su momento, había actividades de auditoría por parte de Bavaria, pues, porque es que naturalmente puede permitirse que yo como contratante, pues, tenga que hacerle alguna clase de auditoría a mi contratista, pues, porque evidentemente estamos pagando unas tareas que provienen de un acuerdo de voluntades entre 2 compañías legalmente constituidas, como lo es mi representada y como lo es el operador logístico, de quienes obran las prueba de existencia y representación legal, fíjese que el objeto del operador logístico, pues, obviamente es prestar el apoyo de operación logística a distintas compañías, Bavaria pues tienen un objeto social distinto, pero es que el juzgado no desconoce en ningún momento que ASL tuviera autonomía administrativa y financiera, el despacho dice es que Bavaria intervenía o controlaba la operación logística, que no la soltó, y eso no es verdad, aquí no está demostrado que entre comillas



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

Bavaria no la hubiera soltado, por el contrario, aquí lo que está demostrado es que hay una autonomía económica, administrativa e incluso financiera, de una empresa legalmente constituida, y como lo dijo incluso la apoderada de ASL, pues obviamente, que quien en ejercicio de su uso o de la libertad de empresa, que evidentemente consagra la Constitución Política, pues ASL ha fungido como tal, y evidentemente está en el desarrollo de una operación logística como un contratante. E incluso, nótese que no está en el expediente, discutida la legalidad del contrato de operación logística, y si no está discutida la legalidad del contrato de operación, hay una presunción de legalidad de ese acuerdo de voluntades por qué así es que evidentemente se ha desarrollado el contrato de operación logística.

Ahora bien, no obstante lo que yo acabo de decir, pienso que el juzgado se equivoca, en primer lugar, porque la valoración del único declarante o del testimonio del único declarante que vino hoy a comparecer y a indicar que presuntamente le constaba todo y que presuntamente eran los ingenieros de Bavaria, los que le daban órdenes, y que cuando asistieron a varias reuniones que lo citaban empezando el turno, donde nos decían que teníamos que hacer, y a mí me parece que el despacho se equivoca valorando ese testigo, porque no le basta al testigo con decir que teníamos que hacer, si presuntamente le dieron órdenes y el despacho por eso se equivoca cuando lo valora, el testigo tiene que contar cuáles eran las órdenes que les daban, no, el despacho no se puede limitar solamente a creer en la declaración de una persona porque la persona le diga es que a nosotros nos indicaban que era lo que teníamos que hacer, bueno y presuntamente qué era lo que tenían que hacer, el despacho no hizo alusión a lo que presuntamente el testigo haya dicho que teníamos que hacer y no puede tener credibilidad de una persona que dice que fue que coincidimos muchas veces, pero sí es cierto, que el testigo coincidió en muchas veces con el demandante, tiene que recorrer, listo no puede acordarse de todas las fechas y horas, pero por lo menos si tiene que orientar al despacho para decirle mire, en Semana Santa cumplimos o en tal fecha o en Semana Santa o el día de mi cumpleaños o el día cumpleaños de él o el día del trabajo o el día festivo de no sé qué o en navidades, o del año nuevo, entonces a mí me llama curiosamente la atención, que el juzgado le cree a un testigo que viene a decir hay cosas y que son abstractas, porque de concreto no tiene nada el testimonio, el testigo viene a decir que sí, que fue que en muchísimos turnos coincidió con el demandante, bueno y en cuales turnos, y no se acordó las fechas de las horas de los turnos, reiteró, si es un testigo que presuntamente, como él mismo se presentó, conocía tanto al demandante, que había compartido muchísimo con el demandante, pues hombre, ... pero es que uno tiene que ser serio y decir exactamente lo que a uno le consta, no puedo yo divagar en un testimonio, el testigo no puede venir a, no puede venir a recitar documentos, ni a decir nada, si presuntamente es tan cercano el demandante, puede referir una fecha, puede referir una hora, puede referir un día, porque hay cosas que la memoria del ser humano lo recuerda, naturalmente no se va a acordar todo, pero la memoria del ser humano la recuerda, y resulta que este testigo no, el testigo si dijo que habían compartido turnos con el demandante, pero no dijo cuántos, dijo uy muchísimos sí, pero pues ni siquiera fue capaz de aportarle al despacho una fecha, un par de fechas, unas semanas, como para que uno diga, bueno si es que el señor evidentemente estaba todo el tiempo con el demandante, y eso no es cierto, el testigo no es un testigo claro, no es un testigo que nos aporte a la verdad real, porque es que la exigencia que hace la ley y el código general del proceso en relación con la valoración del testigo, es esa precisamente, tiene que ser un testigo que nos aporte, nos deja más dudas el testigo de lo que aporta, reiteró, como así que estábamos nosotros y siempre nos citaban a unas reuniones que empezaron del turno, y cuales eran presuntamente, qué temas se tocaban en la reunión, si, lo que tenemos que hacer en el turno, pero no dijo que era lo que presuntamente tenían que hacer en el turno, tenía que barrer, tenían que limpiar el montacargas, tenía que coger el... pero nada, él se limita a decir eso y el despacho se limita a creerle al declarante porque vino a decir que era que sí estuvo en los turnos, o antes de iniciar el turno en las reuniones, estimó señoría que ese testigo y le digo desde ya a los honorables magistrados, estuvo muy mal valorado, el único testigo en realidad, estuvo muy mal valorado, habla de unos presuntos ingenieros de Bavaria, Didier Mora, si la representante legal los menciona, pero también hizo una claridad en relación con ellos, dijo no, lo que pasa es que ellos están en las oficinas de Bavaria en la planta y la operación logística se desarrolla en otro lado, que seguramente hayan hecho una auditoria y demás, pues es que naturalmente, reiteró, si la misma jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el hecho de que yo vaya y comparezca al sitio donde tiene incluso las actividades el contratante, yo como contratista vaya o presente un informe o haga una reunión, eso no significa per se la existencia, ni de una relación laboral ni mucho menos la injerencia como equivocadamente lo dijo el juzgado, la injerencia de mí representada en las actividades de la operación logística, eso no es cierto, aquí incluso, el despacho no valoró que aquí en este proceso, no existe ningún medio de prueba que acredite que Bavaria fuera dueño de todo lo que vinieron a decir aquí el demandante y el testigo, en relación con las presuntas herramientas o lo que fuera dueño Bavaria de, digamos, de esos elementos para el desarrollo de la operación logística, el operador logístico, pues naturalmente



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

le pagaba al demandante, no porque el demandante fuera trabajador de Bavaria, y entonces pusieron al operador logístico a que le pagara, eso no es cierto, de hecho, el juzgado no valoró que el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades y el acuerdo de voluntades no fue desconocido por el demandante, cuando yo indague y le dije, usted con quién celebró el contrato de trabajo, quién le contrató, dijo, no a mí me contrató ASL, incluso no sé si fue el demandante o el testigo que dijeron eso fue hasta tal fecha, determinaron una fecha como en el año 2015, 2017, porque a partir de ahí empezó a dar las órdenes Bavaria, eso, fíjese que eso es un testimonio y una declaración que la verdad lo único que demuestra es la parcialidad, sobre todo del testigo e incluso pues del demandante, porque él hace sus aseveraciones, que necesita que le favorezcan, pero esas declaraciones, que si memoria no me falla, este testigo dijo mire yo trabajé con ASL hasta tal fecha y después empezó Bavaria a darnos las órdenes y más, no es cierto, quien le daba las presuntas ordenes que le daba Bavaria... y era que presuntamente Bavaria no soltaba la operación o que Bavaria era el que manejaba la operación logística, las actividades de auditoría son legalmente establecidas, legalmente hechas, no son actividades ilícitas, por el contrario, es que tenemos un acuerdo de voluntades, un par de compañías evidentemente tenemos que en algún momento hacer un seguimiento o pedir un informe y eso no significa, ni control de la operación logística y tampoco significa que es Bavaria entonces inmediatamente subordinó a los trabajadores del operador logístico, eso no es verdad, aquí está demostrado incluso el pago de los salarios y de los aportes a la Seguridad Social, el mismo demandante confesó que ASL le pagaba a él, le pagaba seguridad social, las vacaciones, le pagaba las prestaciones sociales, luego aquí lo único que se ve, es una relación laboral directamente entre el demandante y ASL, y que la prestación del servicio del demandante, siempre fue para ASL y no para Bavaria.

No obstante, lo anterior, si los Honorables Magistrados estiman que mi representada, es decir, o estiman que los argumentos del juzgado para demostrar o para ratificar que hubo relación laboral con Bavaria, desde luego, a lo cual como lo había dicho en este recurso, me opongo, subsidiariamente le solicito a los Honorables Magistrados que se revoque la decisión que indica que el demandante, primero, que el demandante era afiliado de SINALTRACEBA, yo no sé si el despacho lo dijo, me parece que en su sentencia no lo dijo, pero se le aplica una convención colectiva al demandante y se ordena la reliquidación de unos salarios y la reliquidación de unas acreencias laborales, cuando lo primero que debe acreditarse aquí es que el demandante era beneficiario de la convención colectiva que se le está aplicando y que a través de la cual, se le ordena a mi representada que efectúe el pago o la reliquidación de salarios, yo lo que quiero decirle a los Honorables Magistrados que aquí no está demostrado el punto de partida para poderle aplicar los beneficios de una convención colectiva a un demandante, cuál es, que el demandante que tenía la obligación de acreditar que era beneficiario de la convención colectiva de trabajo a la cual o de la cual hizo uso el juzgado para poderle ordenar a mi representada que re liquidara los salarios y las prestaciones sociales, y las acreencias laborales que dice el despacho que se deben aplicar, no es cierto, en mi opinión está mal valorada la convención colectiva de trabajo y están mal valoradas las pruebas a través de las cuales el despacho estructuró la aplicabilidad de la convención colectiva de trabajo en este caso al demandante, al señor don Alberto Gómez Rojas, en primer lugar eso. En segundo lugar, estimó que el despacho pues obviamente se equivoca precisamente por eso y entonces la subsiguiente orden que es pagar las presuntas diferencias salariales y de acreencias laborales, pues no hay lugar en este en este litigio, precisamente por eso, porque si el demandante no demuestra que es beneficiario de una convención colectiva, no puede el demandante tener los beneficios de una convención colectiva, sobre todo, cuando en el expediente está demostrado que hay pacto colectivo de trabajo, y en estos procesos está acreditado que hay varias organizaciones sindicales a las que los trabajadores, incluso, ni siquiera son organizaciones sindicales de empresas, sino de Industria, y cualquier trabajador, incluso de cualquier operador logístico dependiendo de la industria, se puede afiliarse allá, luego no se le puede hacer extensiva una convención colectiva a un trabajador cuando no está afiliado a ella, porque la convención colectiva, en principio, lo único que regula es o lo único que se aplica es a sus beneficiarios, y en este proceso no está demostrado, ni está en litigio, ni la aplicación de litigio data para poder presumir eventualmente que se le puede aplicar una convención colectiva distinta al demandante, solamente se pide la aplicación de la convención colectiva pero de la cual es beneficiario, entonces en esa medida también estimo que el juzgado se equivoca, porque no había lugar a darle la aplicabilidad, o la aplicación de la convención colectiva en ese sentido.

En tercer lugar, debo decir que el demandante, en tercer lugar debo decir que el despacho tiene que, debió mejor, haber aplicado lo que tiene que ver con él la excepción de compensación, porque si se está demostrando o si se está declarando a la Agencia de Servicios Logísticos como un intermediario de Bavaria, pues obviamente al tenor del artículo 32 del CSTo, los beneficiarios son representantes del empleador y en esa medida, lo que, el ejercicio que se debe hacer de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, es que evidentemente el demandante recibió acreencias



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

laborales, recibió sumas de dinero directamente, si se está diciendo que Bavaria fue el verdadero empleador, entonces la recibió a través del intermediario que es la Agencia de Servicios Logísticos, y en esa medida, lo que correspondía era declarar y corresponde declarar la excepción de compensación de todas y cada una de las sumas de dinero que haya recibido el demandante de parte de la Agencia de Servicios Logísticos, que se compensen a las presuntas obligaciones de Bavaria y que obviamente estén demostradas en el plenario a través de los documentos y de la misma confesión judicial del demandante que se obtuvo en el interrogatorio de parte. De igual manera señorita, ruego a los Honorables Magistrados, que se aplique también la excepción de prescripción, porque si bien es cierto, se está solicitando la reliquidación de una suma de dinero o de unos salarios y de las acreencias laborales, de todas maneras, con independencia de que estén en una convención colectiva de trabajo, eso no significa per se, que haya que aplicarlas automáticamente, porque puede que al momento de contestar la demanda, el suscrito interpuso la excepción de prescripción, y en esa medida, en caso de que el demandante pueda tener derecho eventualmente a que se le pague, obviamente debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y en el 151 del Procedimiento Laboral y la Seguridad Social, esto es, la excepción de prescripción que evidentemente fue debidamente interpuesta.

Asimismo, le ruego a los Honorables Magistrados de todas maneras, tener en cuenta que hay pretensiones de la demanda, que no fueron solicitadas como tal en la demanda, y en esa medida, tendría que, digámoslo, desvincularse o más bien, revocarse también la decisión, en el sentido de que las pretensiones que no coincidan con las condenas impuestas a mi representada y solicitó desde ya se tenga en cuenta que no está en discusión que hay un extremo final de la presunta relación laboral, que es cual, como el despacho lo dijo, que es hasta el último día de febrero del año 2018, y en esa medida, pues, hasta ese momento, en caso que el de los Honorables Magistrados estimen que si el demandante fue trabajador de Bavaria, que se estime que evidentemente hubo un extremo final del contrato de trabajo, tal y como lo dio por demostrado el juzgado, que fue a partir del mes de o el último día que laboró entre comillas el demandante, que fue el último día del mes de febrero del año 2018. Por último, les ruego a los Honorables Magistrados desde ya que se tenga en cuenta que no hubo ninguna clase de despido por parte de mi representada, no hubo ni siquiera una terminación del contrato de trabajo de manera unilateral, no quedó demostrado en el expediente de la presunta decisión, y en esa medida, pues también habría que relevar a mi representada del pago de la indemnización moratoria (sic) y que se tenga en cuenta que Bavaria actuó de buena fe, porque de todas maneras siempre actuó de buena fe, tanto en el desarrollo del contrato de operación logística como si presuntamente se llegará acreditar que haya sido el demandante trabajador de mi representada, en esos términos dejo interpuesto el recurso de apelación señorita, para que se conceda ante los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, gracias señorita...".

5. Alegatos. Dentro del término de traslado, las partes presentaron alegaciones de conclusión.

5.1. Bavaria S.A: Solicita se revoque en todo lo que le es desfavorable la sentencia de primera instancia; precisando, además de reiterar los argumentos expuestos en la apelación, que el actor estuvo vinculado con la Agencia de Servicios Logísticos S.A., del 12 de julio (sic) de 2015 a 28 de febrero de 2018, ya que no desconoció las documentales que reposan en el plenario, certificaciones, comprobantes de pago de salarios, aportes a seguridad social, entre otros, que demuestran quien ejercía verdaderamente la subordinación.

Sostiene que el testimonio es parcializado en favor del demandante, solo pretende favorecer sus intereses, resultando insólito que presuntamente fue visto trabajando todo el tiempo para Bavaria y sin interrupción, cuando no detalló



circunstancias de modo, tiempo y lugar, no quedando acreditadas las actividades presuntas “impuestas” por los “ingenieros” de Bavaria; precisa que lo único acreditado es que el actor laboró para ASL bajo la subordinación jurídica de dicha compañía, era quien le pagaba salarios y prestaciones, así como los aportes a seguridad social, sin que hubiera quedado acreditado que Bavaria “controlara” el desarrollo del contrato de operación logística, por lo que no se acreditó el contrato realidad.

En subsidio de lo anterior, precisó, solo si se llegare a establecer que el actor laboró para esa empresa durante el tiempo que estuvo vinculado con ASL, que no quedo demostrado que fuera beneficiario de la convención colectiva con Sinaltraceba, pues no hay prueba *ad sustancian actus* que así permita inferirlo, razón por la cual se equivocó el Juzgado al ordenar la reliquidación de salarios; considerando que la terminación del contrato que hizo ASL, es un acto válido de un representante del empleador, así como el pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos, lo que conduciría a que se declare la excepción de compensación respecto de las sumas de dinero sufragadas por dicha empresa al demandante, incluidas las prestaciones sociales y demás emolumentos entregados al finiquito del contrato de trabajo. ...

5.2. Demandante: Pide que se modifique la decisión frente a la nivelación salarial y correspondiente reliquidación de prestaciones sociales y, se confirme la declaratoria de existencia del contrato de trabajo; para lo cual además de reiterar lo manifestado como sustento del recurso, señala que como lo confesó la representante legal, el salario del cargo de operario de autoelevador equivalente al de operador de montacargas siempre se ha considerado en la convenciones colectivas a partir del año 2009, muy superior al que se le reconocía al demandante, generando un desequilibrio salarial desde el inicio de la vinculación -3 de agosto de 2015-, por lo que se debe aplicar el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; ya que le correspondía a Bavaria acreditar las razones de la diferencia salarial, carga que no cumplió; por lo que al no mediar alguna prueba siquiera sumaria que acredite una razón o causa objetiva de la diferenciación salarial, debe condenarse al reconocimiento y pago de los reajustes de salario, prestaciones e indemnización de todo el tiempo laborado, es decir hasta el 8 de julio de 2018, que fueron los extremos temporales acreditados.



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

Respecto a la existencia del contrato realidad, agregó que contrario a lo considerado por el apoderado de Bavaria, quedo más que acreditada la prestación del servicio del demandante a favor de la verdadera y única empleadora, que conlleva la aplicación del artículo 24 del CST; aunado a que con la declaración recibida se demuestran los actos de subordinación ejecutados por Bavaria frente al actor; y que el ejercicio de coordinación en el marco de un contrato civil que alega la pasiva, no fue objeto de prueba; lo acreditado es que la injerencia, intromisión, decisiones, determinaciones, ordenes e instrucciones emitidas por el personal de Bavaria, respecto de quienes ejercían el cargo y funciones de montacarguista o auto elevador, como el actor, excedió cualquier tipo de marco normativo y legal de un verdadero contrato civil o de cualquier otra naturaleza, poniendo de presente una tercerización laboral entre las codemandadas que encubría el verdadero contrato de trabajo del actor..

6. 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, por metodología los siguientes aspectos: (i) si entre el demandante y Bavaria S.A., existió un contrato de trabajo, de ser así; (ii) determinar los extremos del mismo; (iii) si el accionante era beneficiario de la convención colectiva suscrita con Sinaltraceba y, por consiguiente; (iv) si tiene derecho al reconocimiento de la diferencia salarial durante toda la vigencia del contrato, como lo reclama la parte actora; (v) se acredito el despido sin justa causa y; (vi) hay lugar a declarar probadas las excepciones de compensación y prescripción, como lo reclama el apoderado de Bavaria.

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

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

8. Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es). Arts. 22, 23, 24, 32, 35, 62, 63, 64, 470, 471 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 12187 de 1999, 32568 de 2008, SL868-2013, SL467 y SL2879 de 2019.



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

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.

La demandada apelante, repara que la juzgadora de instancia hubiere declarado la existencia del contrato de trabajo con Bavaria S.A., cuando en su sentir no quedo demostrado que dicha empresa tuviera el control de la operación



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

logística, que *“...intervení o controlaba la operación logística, que no la soltó...”* y que subordinó al demandante, como erradamente lo concluyó aquella; también considera que se equivocó en la valoración del único declarante, pues éste no indicó cuales eran las órdenes que le daban los ingenieros de Bavaria, ni señaló circunstancias de tiempo, modo y lugar, solo refiere cosas abstractas, nada en concreto *“...no es un testigo que nos aporte a la verdad real...”*, de otra parte, señala que tampoco existe medio de prueba alguno que acredite que la empresa era la dueña de las herramientas o elementos para el desarrollo de la operación logística como lo sostuvieron el actor y el testigo; precisando que lo demostrado con el pago de salarios, prestaciones sociales, seguridad social, es la relación laboral directa entre el actor y ASL, así como que la prestación del servicio del demandante siempre fue para ésta y no para Bavaria.

Bajo ese contexto, considera la Sala que contrario a lo sostenido por el apelante respecto de la prueba testimonial, no surge equivocado el análisis que hizo la jueza *a quo* de la misma; y es 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, acompañando o realizando la misma actividad de quien solicita tal declaratoria, sino que se advierta el conocimiento del deponente sobre los hechos expuestos y señale las circunstancias de tiempo, modo y lugar como obtuvo el mismo; que fue lo que hizo el testigo JOSE CARLOS CUADRADO PAREJA, cuando indicó que él también había estado prestando sus servicios en Bavaria *“...pues estuve trabajando allá...”*, *“...desde el 2015 en diciembre, hasta 2018, nos conocimos en esos 3 años, estuvimos en varios turnos juntos, muchos podría decir, porque nos encontramos en varios turnos con don Edwin...”*, que con el demandante *“...llegamos allá y nos contrató ASL, firmamos un contrato supuestamente con ASL, pero los servicios los préstamos siempre fue para Bavaria...”*, *“...yo era operador de auto elevador también como don Edwin, en líneas de producción, en la línea uno más exactamente...”*, que hacían lo mismo *“...él era montacargas de línea y de hecho, él si paso por como por 2 líneas, estuvo conmigo en la línea uno, también colaborando varias veces, sí, y hacíamos lo mismo, es que en las líneas todos hacíamos lo mismo, en las líneas sólo es entrar envase, sacar producto y almacenar, modular, eso era lo que hacíamos, de eso depende, de hecho, de eso depende las líneas y si nosotros no sacamos el producto, se para la operación...”*; circunstancia de la que indudablemente se puede inferir la razón de su conocimiento acerca de la actividad del demandante y el desarrolló la misma, dado que las observó y vivenció directamente, pues ejecutaba igual labor de aquel -auto elevador- en el mismo lugar,



y por ello conocía si les daban alguna instrucción o directriz para su ejecución, cómo y de quien provenían, así como los demás pormenores de la actividad, como lo expuso; sin que se advirtiera alguna circunstancia particular que evidenciara parcialidad o falta de espontaneidad en su versión.

En efecto, el aludido testigo refirió que quienes direccionaban las actividades del accionante *“...muchas veces tuvimos los mismos jefes de línea, que era el señor Enrique Daza y este ... el jefe Didier Mora, sí, que estuvo siempre ahí en la dirección y pues en esos tiempos también ahí estaba el Gerente que era el de Distribución, estaba ahí, quien más, pero bueno, ellos no nos mandaban tanto a nosotros, pero si cada vez que nos dirigían la palabra, tocaba hacer caso, ellos se ocupaban más de las cosas grandes, sí, pero más que todo era el jefe Didier Mora y Enrique Daza que eran los que estuvieron ahí al frente...”*, precisó que antes de iniciar turno eran reunidos *“...sí, hacíamos una reunión todos los días, eso sí era todos los días, porque tenían que informarle a uno de los cambios de envase o lo que se iba a hacer en el turno, donde se iba a modular y todo eso, pero la reunión si era sagrada, la reunión antes del turno si se hacía, siempre se hacía y nos las hacían siempre...”*, que dichas reuniones las hacían los líderes team, que era personal directo de Bavaria *“...o a veces se colocaba uno de los líderes de ASL, de la temporal pero siempre eran ellos los que daban las órdenes, si. ellos eran los que le indicaban, por decir, lo que se iba a hacer en todo el turno, o si estaba el jefe Didier o el jefe Enrique ellos eran los que se ocupaban, ellos eran los que decían que se iba a hacer en todo el turno, sí...”*.

También sostuvo que, identificaba a los líderes team, como personal directo de Bavaria, dado que portaban chalecos de esa empresa y eran los ingenieros – Didier Mora y Enrique Daza- ,que estaban pendientes en las líneas tanto hacia adentro como hacía afuera de éstas, les indicaban lo que debían hacer ellos –el testigo y el actor- como montacarguistas; y a éstos les pedían permiso e informaban cuando tenían que ausentarse de la planta. Menciona igualmente, que no sabe con certeza de propiedad de quien eran los montacargas o las máquinas con las que ejecutaban la labor, pero *“...la silla tenía el logotipo en el cuero de Bavaria, en ese entonces decía SAD MILLER BAVARIA, en la silla de la monta carga, sí, los logotipos que tenía la máquina montacargas eran de Bavaria, yo jamás le vi un logotipo que dijera pues como ASL...”*; dichos equipos o maquinaria permanecía dentro de la planta de Bavaria en Tocancipá y eran tanqueados en la estación de combustible que quedaba ahí la planta, a unos 70 u 80 metros de las líneas de producción, por una persona que portaba un chaleco distintivo de Bavaria.



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

Finalmente, refirió que conoció que ASL tenía personal en la operación “...por ahí yo vi gente de oficina y creo que sí, imagino yo, porque la gente que vi de oficina, pero nunca tuve ese relación con ellos ni nada, siempre estuvimos en línea, pero imagino que sí...”, que usaban “...chaleco reflectivo (sic) era el que nos daban a todos...”, que el pago de la seguridad social del actor “...pues como estábamos iguales, pues imagino que es lo mismo, a mí me las pagaba Bavaria por medio de la temporada ASL, a él creo que también, porque varias veces cruzamos esas conversaciones de cuánto te llegó, cuánto dinero y creo que es lo mismo, si a él le pagaba por medio ASL, aunque digan lo contrario, porque sí...”

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 **3 de agosto de 2015** suscribió contrato de trabajo con quien sostiene la pasiva era su directo empleador –Agencia de Servicios Logísticos S.A. como se indica en la certificación expedida por dicha empresa (fls. 39 y 281 del PDF 01) y, que ésta le pagaba el salario, las prestaciones sociales, seguridad social (fls. 40, 41, 282 y 283) 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



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

principal y, era quien se beneficiaba de los servicios prestados; aspectos que surgen con mayor fortaleza para definirla como la real empleadora.

Pues aunque la representante legal de Bavaria, reiteró la existencia del contrato con ASL para que *"....prestara a Bavaria, servicios de transporte logístico..."*, señalando que en la compañía hay personal *"...que pueda ser una especialista o un profesional de la compañía que sea del área logística, obviamente ellos tienen un rol de hacer interventoría a ASL, es posible que ellos dentro de las auditorías y dentro de las revisiones que nosotros hacíamos del cumplimiento del contrato, si tuvieran que eventualmente estar en el centro de distribución..."*; enfatizando que los señores Didier Mora, José Navarro, Álvaro Escobar, William Pereira, trabajadores de Bavaria no permanecían en el centro de distribución, que *"...ellos en ningún momento están en el centro de distribución trabajando, nosotros tenemos un edificio administrativo en la sede Tocancipá, donde ese es su centros y la planta está en su centro de trabajo, ellos no están en el centro de distribución y nunca han dado instrucciones ni órdenes a personal de ASL..."*, sino que *"...son las personas que históricamente han estado haciendo la interventoría de los contratos de ASL, Didier Mora era la persona que había en la época, digamos como que ocurrió esto, y él todavía está, digamos, todavía está realizando esta labor, y antes fue Enrique Daza y antes entonces fue José..."*; precisando que el interventor del contrato con ASL *"...en el último tiempo fue Didier Mora, que digamos su centro de trabajo es la sede administrativa de Bavaria en Tocancipá, o sea, para lograr hacer la interventoría tiene que estar ahí, pues revisando la interventoría y que se cumplan los objetivos de los contratos..."*; NO obstante, no fue lo evidenciado frente a dicho ingeniero -Didier Mora-; téngase en cuenta que según las versiones del testigo y del accionante, el citado ingeniero -líder team- era quien impartía ordenes e instrucciones de lo que se debía hacer, a quien le pedían permiso para ausentarse del lugar de trabajo, lo que de contera desvirtúa lo sostenido por la representante legal.

No desconoce la Sala que, realmente en desarrollo de este tipo de contratación la parte contratante puede legalmente ejercer interventoría para constatar que se cumpla con el objeto del contrato en los términos pactados; sin embargo no es lo advertido en el presente asunto, téngase en cuenta que tanto el testigo como el accionante, quienes permanecían en la planta o en las instalaciones del centro de distribución, contrario a la representante legal, dan cuenta que dicha persona era un líder team y quien impartía ordenes e instrucciones, les decía que debían hacer, era el encargado de las reuniones que diariamente se hacían al inicio de cada turno, para determinar la función o actividad que cada uno debía ejecutar, lo tenían como "jefe", e incluso a él le pedían permiso para ausentarse del lugar de



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

trabajo, es decir que ejercía actos de subordinación; coligiéndose que dicha actuación no era propia de quien hace las veces de un “*interventor*”, sino que denota, tal como lo concluyó la juzgada de primera grado, la injerencia o intromisión de la empresa contratante en el desarrollo de la operación que debía llevar a cabo ASL, anulando la autonomía del contratista, y que la convierte en la verdadera empleadora del accionante .

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*



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

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.

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

La Corporación, ha considerado que esa disposición contiene varios ingredientes normativos que vale la pena subrayar comoquiera que se expresan de



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

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 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



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

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 de los mismos contratos de operación logística CT2017-94 y CT2017-158 celebrados el 4 de julio de 2017 y 10 de enero de 2018, 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. 99 a 136 y 200 a 227 de PDF 01).

También obra el contrato de arrendamiento de montacargas y servicio completo de mantenimiento No. CTF15-000175 celebrado entre ASL y Distribuidora Toyota (fls. 137 a 149 de PDF 01), 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



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

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 juzgadora 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.

Ahora, frente a los extremos del contrato, se tiene que con la certificación expedida por la vinculada Agencia de Servicios Logísticos S.A. "ASL S.A.", el 23 de febrero de 2018 (fls. 39 y 281 del PDF 01), se hace constar que el demandante inició la prestación de sus servicios el **3 de agosto de 2015**, siendo esa la fecha que se tendrá como extremo inicial, y que es la indicada en la parte considerativa de la decisión atacada, aunque en la parte resolutive se señaló que el inicio fue el 30 de



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

agosto de 2015, entendiendo la Sala dicha situación como una equivocación o *lapsus calami*.

Sobre el extremo final, solicita la apoderada de la parte actora, que se tenga como tal la fecha indicada por la apoderada de ASL en los alegatos de conclusión, esto es el **8 de julio de 2018**.

Considera la Sala que al provenir dicha manifestación de quien se alegaba era la empleadora del actor, la misma debe ser tenida en cuenta; pues quien más que la persona jurídica que contrató al accionante es quien debe saber la fecha hasta la cual éste le hubiera prestado servicios. Además, obsérvese que esa data coincide con la referida por el demandante en el interrogatorio de parte como finiquito del contrato, ya que al preguntarle la señora jueza hasta cuando estuvo haciendo la labor de montacarguista, indico “...yo estuve hasta julio del 2018...”; considerándose que la citada apoderada en su manifestación, lo que hace es precisar la fecha de expiración del nexo laboral; aunado a que tal situación, se torna en un hecho relevante para la decisión del proceso, que sobrevino durante el trámite procesal; habida consideración que la demanda se presentó el 23 de abril de 2018, fl. 59 de PDF 01), es decir antes del rompimiento del convenio laboral.

Por tanto, para efectos de esta sentencia, se tendrá la fecha referida, como extremo final del contrato; ya que se reitera, lo señalado por el demandante en su interrogatorio, queda respaldado con lo confesado por la apoderada judicial de la demandada ASL, (art. 193 CGP), quien además de señalar el mes, precisó el día hasta el cual tuvo vigor la relación laboral, razón por la cual se modificará la decisión de primer grado en cuanto a la vigencia del contrato de trabajo declarado.

De otra parte, repara el apoderado de Bavaria S.A., la calidad de beneficiario de la convención colectiva, que declaró en la sentencia. En el hecho 29 de la demanda, se relata que el accionante en el mes de diciembre del año 2017. hizo parte de la constitución de la Subdirectiva de Sintracergal, siendo designado en la junta directiva como suplente, y también “...se afilió al sindicato Sinaltraceba ...” (fl. 4 de PDF 01).



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

A folio 42 de expediente (PDF 01), se observa comunicación del presidente de SINALTRACEBA –SUBDIRECTIVA SECCIONAL TOCANCIPA, referenciada “...NOTIFICACIÓN NUEVOS AFILIADOS...”, en la que se relaciona entre otros trabajadores, al aquí demandante en el numeral 3°; documento que tiene sello de recibido de la demandada, pues aunque se encuentra poco legible, se puede observar que dice BAVARIA TOCANCIPA; con el cual se tiene por acreditada la afiliación del demandante a dicha organización sindical, al haber sido notificada la accionada de la misma y; por consiguiente, contrario a lo considerado por el apoderado apelante, su condición de beneficiario de la convención colectiva celebrada entre la demandada y dicha organización sindical, conforme lo señalado en el artículo 470 del CST, y de contera, la aplicación del salario allí definido en la convención colectiva allegada en debida forma al expediente (PDF 05), vigente entre el 1° de septiembre de 2017 y el 31 de agosto de 2019 –\$88.601, Operario Autoelevador –Grupo 7-0 Operador de Procesos 1, Personal Operativo y de Mantenimiento- (fls. 38 y 39 de PFD 06), tal como lo hizo la juzgadora de instancia.

En lo que si no se puede estar de acuerdo, es que dicho beneficio salarial deba ser aplicado a partir de la vigencia del contrato, como lo reclama la apoderada de la parte accionante; toda vez que conforme la norma citada –art. 470 CST-, las convenciones colectivas “...**solamente son aplicable a los miembros del sindicato que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato...**”; por tanto, al haberse afiliado el actor a la organización sindical que suscribió la convención, solo hasta diciembre de 2017, como se indicó en la demanda y se corrobora con la comunicación a Bavaria de la afiliación de éste a dicho organismo sindical; obtiene sus beneficios a partir de ese momento, como acertadamente lo definió la señora jueza *a quo*; máxime que no quedó acreditado que los afiliados al sindicato SINALTRACEBA, excedían la tercera parte del total de los trabajadores de Bavaria, para hacer extensivos los beneficios convencionales a todos los trabajadores, incluido el actor (Art. 471 CST).

Obsérvese como la misma norma convencional, determina el campo de aplicación, en la cláusula segunda, al señalar “...La presente Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre LA EMPRESA y EL SINDICATO será aplicable **solamente** a los trabajadores afiliados a la misma y a quienes posteriormente decida afiliarse a EL SINDICATO...” (fl. 5 de PDF 05).



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

Así las cosas, como quiera que se modificó la fecha de terminación del contrato, hay lugar a reliquidar las condenas impuestas hasta el 8 de julio de 2018, incluida la compensación de vacaciones (pretensión condenatoria 6°), que omitió la falladora de instancia y que reclama la apoderada del actor en su intervención.

Efectuadas las operaciones respectivas, le corresponde al accionante, del lapso comprendido entre el 1° de enero y el 8 de julio de 2018, con un salario mensual de \$2.658.030, las siguientes sumas: \$9.136.988 por diferencia salarial, \$761.415.66 por diferencia de cesantías, \$761.415.66 por diferencia de prima de servicios y; \$380.707.83 por diferencia por compensación de vacaciones; valores a los que se condenará a la demandada, conllevando la modificación de las sumas impuestas por la jueza de primer grado.

De otra parte, en cuanto a la indemnización por despido, cuya condena también objeta el apoderado de Bavaria, señalando que *“..no hubo ninguna clase de despido por parte de mi representada, no hubo ni siquiera una terminación del contrato de trabajo de manera unilateral, no quedó demostrado en el expediente de la presunta decisión...”*, debe decir esta Sala, que la misma se ajusta a derecho; pues contrario a lo colegido por apelante, quedo acreditado en el expediente el despido del que fue objeto el demandante, que conlleva tal reconocimiento.

En efecto, téngase en cuenta que el testigo -José Carlos Cuadrado Pareja-, al preguntársele por los motivos de la terminación del contrato del demandante, señaló *“...un día llegamos y simple y llanamente no nos dejaron entrar, dijeron que Bavaria ya no necesitaba nuestro servicio, que se va a cancelar el contrato, pero no nos dieron explicación...”*, que *“...llegamos a turno normal y en la entrada, en los molinetes, simple y llanamente no nos dejaron entrar, y no sé ese día que pasaría adentro, pero ahí ya no nos dejaron entrar y nos dijeron que nos dirijamos a una oficina, no sé en dónde, por allá en unas bodegas, que allá nos iban a arreglar todo, eso fue lo que dijeron...”*, precisando *“...pues ese día estábamos varios compañeros ahí de turno, si no estoy mal, creo que ese día Edwin también estaba ahí, porque nos hicieron hacer una fila para decirnos eso y nos entregaron, pues, un papel con una dirección de unas bodegas por allá en TIBITOK que nos dirigiéramos allá, pero ya en la planta, no nos dejaron entrar más...”* situación que lleva a colegir la decisión de la accionada de finalizar el contrato de trabajo, pues el negar el acceso de trabajadores a sus sitios de labores, incluido el actor, es



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

un comportamiento que lleva implícita la voluntad de la empresa de no querer continuar con el vínculo laboral del operario.

Recuérdese que resulta lo adecuado que el juzgador acuda a otros medios probatorios, como la prueba testimonial, para acreditar si hubo o no despido; por lo que no necesariamente debe aparecer tal decisión acreditada en un medio escrito, como al parecer lo entiende el apelante (Sent. CSJ de 29 de julio de 2008, rad. 32568). Así las cosas, al no acreditarse situación alguna que permita evidenciar que la terminación del contrato obedeció a alguna causa de las contempladas en la ley como justa (Arts. 62 y 63), se torna en un despido injusto, y por consiguiente hay lugar a la indemnización impuesta (Art. 64 Ibídem), por lo que se confirmará la misma.

Por último, respecto a las excepciones de compensación y prescripción, como lo concluyó la jueza de primer grado, no están llamadas a prosperar.

Es así, pues aunque señala el recurrente que al haberse declarado a Bavaria como empleador del demandante *“...corresponde declarar la excepción de compensación de todas y cada una de las sumas de dinero que haya recibido el demandante de parte de la Agencia de Servicios Logísticos, que se compensen a las presuntas obligaciones de Bavaria...”*; tal razonamiento no es acertado; como quiera que no se demostró que adicional a los haberes laborales que reconoció ASL al demandante cuando lo consideraba su trabajador; le pagara alguna otra suma diferente y que pudiese ahora tenerse en cuenta para compensar lo que adeuda Bavaria; pues precisamente surgen condenas porque no se le pagó al trabajador lo que legalmente le correspondía; sin que pueda concebirse que hay lugar a compensar algún valor.

Y, frente a la prescripción, tampoco resulta acreditada en este juicio, toda vez que la demanda se presentó el 23 de abril de 2018 (fl. 59 de PDF 01), es decir con anterioridad a la ruptura del nexo laboral -8 de julio de 2018-, teniéndose como punto fundamental para la aplicación o contabilización del término prescriptivo, la fecha de finalización del contrato de trabajo, pues conforme lo establecido en los artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, es a partir de ésta que se determina la exigibilidad de los derechos reclamados con esta acción; por lo que no puede considerarse que transcurrió el término trienal que tenía el actor para reclamar sus acreencias;



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

circunstancia que lleva a colegir la falta de prosperidad del medio exceptivo, como ya se indicó.

Así quedan resueltos los puntos de apelación y se modificará la decisión en los términos indicados anteriormente.

Se condenará en costas a la demandada Bavaria S.A., dado que no prosperó el recurso interpuesto por ésta. Fíjese como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales.

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: Modificar los numerales primero y segundo de la sentencia apelada, para en su lugar, tener que la vigencia del contrato de trabajo declarado entre el demandante **Edwin Alberto Gómez Rojas** y la accionada **Bavaria S.A.**, estuvo vigente entre el 3 de agosto de 2015 y el 8 de julio de 2018; en consecuencia **condenar a Bavaria S.A.**, pagar al demandante las sumas de \$9.136.988 por diferencia salarial, \$761.415.66 por diferencia de cesantías, \$761.415.66 por diferencia de prima de servicios y; \$380.707.83 por diferencia por compensación de vacaciones, acorde a lo considerado.

Segundo: Declarar no probadas las excepciones de compensación y prescripción, conforme lo señalado en precedencia.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Cuarto: Condenar en costas en esta instancia a **Bavaria S.A.**. Fíjese como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales

Quinto: 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


JOSE ALEJANDRO TORRES GARCÍA
Magistrado