



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

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2018 00204 01

Jonh Asmer Rincón Sahamuel vs. Bavaria S.A.

Bogotá D. C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se resuelven los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021 por Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

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

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. John Asmer Rincón Sahamuel, 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 junio de 2015 y, en consecuencia, se ordene a la demandada mantenerlo en el cargo de montacarguista u operario autoelevador, de manera directa, se condene al reconocimiento y pago de las diferencias salariales, reliquidación del auxilio a las cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social desde el 5 de junio de 2015 hasta que se haga efectiva la nivelación salarial; beneficios legales y extralegales, indexación, lo *ultra* y *extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que desde el 5 de junio de 2015 se vinculó a Bavaria S.A. «a través de la empresa intermediaria AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A.», en el cargo de montacarguista o autoelevador, siempre desempeñó las mismas funciones en las instalaciones de Bavaria en Tocancipá; recibiendo una remuneración parcial de \$900.000 la que luego ascendió



a \$1.200.000; manejaba un montacargas de propiedad de Bavaria, cumplía el horario de trabajo publicado en sus instalaciones, recibía ordenes de los jefes de Bavaria; su remuneración la percibía a través de ASL S.A., que los empleados directos de Bavaria tienen un salario superior al suyo, a pesar de cumplir las mismas labores.

El juzgado de conocimiento, mediante auto de 2 de agosto de 2018 resolvió vincular como demandada a la entidad Agencia de Servicios Logísticos S.A., ASL S.A..

2. Contestación de la demanda.

2.1. Bavaria S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, manifiesta de cara al contrato realidad, que el demandante nunca trabajó y tampoco estuvo subordinado a su cargo, no le pagaron salarios, prestaciones sociales; por el contrario, el mismo demandante confiesa su vinculación y la relación laboral con la empresa ASL S.A., quien es su verdadera empleadora y por ende sería quien debe responder por lo pedido en la demanda, añade que celebró contrato de prestación de servicios de operación logística, con ASL S.A., y fue tal entidad la que contrató a su personal para la ejecución de ese contrato, por lo que debe ser absuelta de las suplicas de la demanda.

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.

2.2. La jueza de conocimiento tuvo por no contestada la demanda en relación con la vinculada **ASL S.A.**

3. Sentencia de primera instancia. La jueza Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá, resolvió declarar la existencia del contrato de trabajo del demandante con Bavaria S.A., a partir del 5 de junio de 2015 hasta el 6 de noviembre de 2019, la condenó en costas, fijando como agencias en derecho la suma de un SMLMV y la absolvió de las demás pretensiones, así como a ASL S.A..



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

4. Recursos de apelación. Inconformes con la sentencia de primer grado ambas partes apelaron así:

7.1 Bavaria S.A. adujo lo siguiente: *“(…) Gracias, señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente, interpongo recurso de apelación contra el fallo que acaba de proferir el despacho, pero solo en lo desfavorable a los intereses de mi representada por lo siguiente, y es que pues con todo respeto, estimó que el despacho no tuvo en cuenta que el demandante para la única empresa que prestó servicios, en realidad fue para la agencia de servicios logísticos, que no logró demostrar que había sido directamente para Bavaria. El despacho se refiere obviamente a unos ingenieros y dice el despacho que de acuerdo con lo manifestado o la respuestas de la representante legal, que se extrae que ellos eran trabajadores de Bavaria y digámoslo así, que le dieron órdenes al demandante, lo cual no es cierto, porque y cómo lo clarificó la representante legal precisamente, estas personas que ella mencionó, Didier Mora bueno y todas las personas que mencionan, pues obviamente no negó que era representa eran trabajadores de Bavaria, pero lo que sí dijo es que muchos de ellos estuvieron en sitios distintos, e incluso, cuando fue indagada creo que por la señora apoderada del demandante, dijo la doctora Isabel Bedoya que ellos, incluso cuando le preguntaron en qué parte de las oficinas, en qué parte de la planta desarrollan sus funciones, ella dijo que en la parte administrativa, que queda, es decir, dijo algo así como que era ajena al lugar donde desarrollaba el contrato de operación logística ASL, dijo y pues no era ahí, porque el contrato de operación logística se desarrolla allá, pero adicionalmente, porque creo que explicó con meridiana claridad, que hacía cada uno de ellos y en ninguna parte ella confesó que los ingenieros tuvieran subordinado al demandante, pero así mismo, porque es el propio demandante que lo único que hace es tratar de desviar la atención del despacho, cuando lo indagó el despacho, lo indagó el suscrito, lo indagó la apoderada de la agencia de servicios, por qué la verdad es que fue con las evasivas que le dijo, que me parece que el despacho ahí debió haber aplicado la disposición que estipula el 205 del CGP, que habla de que cuando se responde con evasivas, hay una sanción desde el punto de vista legal, y es que se tenga por cierto los hechos susceptibles de confesión.*

Pero además de eso, porque ni siquiera el testigo recaudado pudo dar cuenta, ni explicar, cómo era la presunta subordinaciones de los ingenieros de Bavaria con el demandante, reitero aquello que ya dije en mis alegaciones y lo vuelvo a decir, que cuando yo indagué al testigo, el señor Manuel Fernando, dijo no es que yo todo el tiempo estuve con él, y mejor dicho siempre prácticamente coincidieron en los turnos según lo que dijo, pero le pregunté que nos dijera días, meses y años, y si era cierto, pues algo tiene que acordarse por lo menos así fuera del día de la navidad o de cumpleaños del señor, porque eran como tan cercanos digámoslo así, entonces entre este año 2015 y 2018 (sic), que es cuando el despacho da por declarada la relación laboral, del 5 de junio de 2015 al 6 de noviembre de 2018(sic), de algo tuvo que acordarse, y el testigo no recordó nada, pero adicionalmente, cuando en una de las preguntas que le hace la señora de la agencia de servicios logísticos al testigo, le pregunta, porque yo ya lo había indagado que nos explicará cómo era la planta, pues que hiciera una descripción y la doctora le pregunta y algo así que cómo se desarrollaban, donde se desarrollan las funciones, bueno ahí está en el audio, y el señor entonces ahí sí, Manuel Fernando no pudo explicar, incluso dijo que él no tuvo acceso a determinados sitios, yo lo que le entendí es que el demandante sí, luego, entonces no es cierto que ellos hayan estado tan unidos y tan digamos que le pueda constar al señor Manuel Fernando, el presunto o la presenta subordinación de parte de personal de Bavaria con el demandante.

Además, porque si el despacho lo revisa, es decir no que el despacho lo revise, sino que reposa en los audios más bien, el tema por ejemplo de las dotaciones, y resulta que las dotaciones que se le dieron al demandante, fueron dotaciones que aunque él dice que era que le daban las trabajadoras del Sena de Bavaria, pero no, digamos que eso no fue lo que lo que incluso dijo el mismo testigo, ahí si no se acordaron de que



costaban las dotaciones y cuáles eran los logotipos que tenían ni nada por el estilo, entonces a mí me parecer que con todo respeto lo digo, que el despacho se equivocó cuando valoró el material probatorio, porque incluso, sí el despacho que tiene en cuenta, porque obviamente y en eso coincidió con el juzgado, que fue el propio demandante él que puso fin a la relación laboral el 6 de noviembre del año 2019, tal como él lo confesó acá, se lo confeso al juzgado, cuando después de propuesto el hecho sobreveniente por parte de la doctora Adriana, y el demandante dijo que la había presentado su renuncia, fijese que el demandante le presentó la renuncia fue directamente a la agencia de servicios logísticos, y **si el despacho tiene a ASL como intermediario de mi representada, el contrato de operación logística como lo explicó la doctora Isabel Bedoya, estuvo vigente hasta el año 2018**, entonces como yo lo expuse en proceso, pues lo digo con mucho respeto, no se puede extenderlo ni perdurar en el tiempo una condición de intermediario, porque el artículo 32 del código sustantivo del trabajo establece que si yo no tengo relación con el empleadores, digámoslo así entre comillas, puede todavía tener la condición de intermediario, **entonces el demandante lo que hizo fue presentarle la renuncia a la agencia de servicios logísticos, el 6 de noviembre del año 2019, esto es cuando ya no hacía más de un año que se había terminado el contrato operación logística entre Bavaria y ASL**, entonces no, si el despacho dice que el demandante, perdóneme, que ALS fue intermediario, pero cómo va a ser intermediario, lo digo con mucho respeto, para la fecha en que el demandante de libre y voluntaria, le presenta la renuncia, ¿a quién se la presenta? a su verdadero empleador, que no tenía la condición de intermediario, que no se podía dar la condición de intermediario en una fecha en la que ASL ya no tenía ninguna clase de relación con Bavaria. Entonces, fijese que el demandante sí tenía claro quién era su empleador, y él sabía aunque no lo dijo acá, ni el testigo, que la subordinación y digamos que ellos eran trabajadores directamente de la agencia de servicios logísticos, reiteró, de haber sido de otra forma, pues el 6 de noviembre del año 2019 va y le presenta la carta de renuncia directamente a Bavaria, sí era que, presuntamente mi representada era la empleadora del demandante.

Por lo demás, sólo me basta decir que todos los documentos dan fe de los pagos que le hicieron al demandante, que se los hizo su verdadero empleador, la agencia de servicios logísticos, que mi representada tuvo alguna clase de control del contrato de logística, pero porque una relación comercial de esa índole, que no está aquí atacada en este proceso, en una relación comercial de esa naturaleza, pues evidentemente tiene que haber una, por lo menos, el operador logístico tiene que rendir unos informes de cómo va la gestión, pero eso no significa per se, que haya un control de la operación ni nada por el estilo, entonces, todas las pruebas demuestran es que el demandante, la prueba documental y demás, los pagos que se hicieron y todo lo que aparece en el proceso, porque de acuerdo con el principio de la comunidad de las pruebas, son pruebas del proceso, ya no de las partes, y lo único que acreditan, es que el demandante siempre estuvo subordinado directamente a su verdadero empleador, la agencia de servicios logísticos, y que no logró demostrar la prestación de servicios con mi representada, para pensar que es que se invirtió la carga de la prueba, y pensar que era ella quien tenía que desvirtuar que el demandante había sido trabajador de la compañía. En esos términos de recurso su señoría dejó sustentado el recurso, pues solamente lo que fue objeto de condena declarativa, es que el despacho y pues lo dijo, lo declaró, es que el contrato realidad fue del 5 de junio de 2015 al 6 de noviembre del año 2019...”

7.3. Parte demandante: “(...) Su señoría yo sí quiero interponer recurso de apelación para que en forma parcial, en el sentido de que se condene a la empresa, así como se declaró el contrato realidad con Bavaria, para que se paguen las diferencias salariales, prestaciones sociales que fueron las pretensiones de esta demanda, ¿Por qué?, porque si bien es cierto su señoría, usted manifiesta en el despacho le hicieron una pregunta al señor Asmer que si pertenecía en la actualidad a un sindicato y él dijo que no, para el momento de su relación laboral, esto fue desde cuándo, o sea, cuando él ingresó a Bavaria, ellos para presentar estas demandas todos estuvieron sindicalizados, entonces, yo sí quiero aclarar que en el presente proceso se allegó,



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

una constancia de registro de la organización sindical SINALTRACEBA, expedida por el Ministerio de trabajo en 2 folios y también se allego copia de la certificación de la afiliación del demandante a esta organización sindical, entonces, teniendo en cuenta esto, yo sí le solicité a los HM de que se condene a las diferencias salariales y de las prestaciones sociales del trabajador. Yo pienso que es muy breve el sentido de la apelación, teniendo en cuenta que, si bien es cierto se condenó a lo primero, se debe condenar también a lo que corresponde el contrato realidad, muchas gracias señorita...”

5. Alegatos de segunda instancia. En el término de traslado, ninguna de las partes presentaron alegaciones de segunda instancia.

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 determinar **1.** Sí entre el demandante y Bavaria S.A., existió un contrato de trabajo; así como **2.** Si hay lugar al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestaciones sociales en razón a que el actor estuvo afiliado a una organización sindical mientras se ejecutó el contrato de trabajo.

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

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

8. 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.

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 apoderado judicial de la pasiva repara que la juzgadora de instancia no hizo una debida valoración probatoria de las pruebas recaudadas, ya que de haberlo hecho, las resultas del proceso serían distintas.

Escuchada cuidadosamente la declaración rendida por el testigo Manuel Fernando Rodríguez Bernal, se verifica que el testigo manifestó que el conocimiento de los hechos sobre los cuales se le preguntaba y que expuso, lo obtuvo en razón de haber prestado sus servicios en las instalaciones de Bavaria y por consiguiente haber sido compañero del demandante, lo que no lleva por si solo a determinar que su versión sea amañada, parcializada; recuérdese que el declarante mencionó haber prestado sus servicios en el mismo lugar en que lo hacía el accionante,



desempeñando igual labor –montacarguista-, incluso, compartió en ocasiones, turnos con aquel; siendo lógico inferir que al ejecutar la misma labor que el actor, conocía la manera como ésta se desarrollaba, si les daban alguna instrucción o directriz para su ejecución y de quien provenía.

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, acompañando 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 hizo el mencionado declarante, se reitera, él observó y evidenció 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 su versión.

Ahora, la circunstancia que el testigo Manuel Fernando Rodríguez Bernal, hubiere interpuesto demanda contra Bavaria, no se trata de una razón suficiente y admisible 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).

Ello es así, porque si el declarante estuvo presente cuando sucedieron los hechos, o fue cercano a estos, y da noticia de los mismos, 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 esa declaración, ya que analizada 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 Manuel Fernando Rodríguez Bernal refiere que fue compañero de trabajo del actor, que ambos eran operadores de montacargas en las instalaciones de Bavaria en Tocancipá, que los ingenieros de Bavaria eran quienes direccionaban las labores del demandante, le expedían órdenes de cargue y descargue de tracto-mulas, recoger estibas, llevar embaces a las líneas de producción, que quienes daban las órdenes eran los ingenieros Didier, Álvaro escobar y Javier Betancourt, les hacían reuniones y les explicaban lo que se debía realizar en el día.

La referida prueba testimonial, permite acreditar la prestación personal del servicio del demandante 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 operación 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 logró desvirtuar dicha presunción, vale decir la existencia del contrato de trabajo con ésta; ya que aunque se haya aportado la certificación por parte de ASL donde se estipula que el actor tenía un contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de junio de 2015 desempeñando el cargo de montacarguista senior (fl. 41 archivo 01 digital), que el demandante haya admitido en su interrogatorio que presentó su renuncia ante ASL, que ésta le pagaba el salario, las prestaciones sociales, seguridad social, como se colige de los desprendibles de pago (fls. 42 a 46, 54 a 56, 267 a 276 ib.), tales probanzas no son de la suficiente entidad para enervar el convencimiento que emerge del testigo referenciado y que llevan a tener bajo la primicia de la realidad sobre las formas como verdadero empleador del demandante a Bavaria S.A., dado que permiten evidenciar situaciones como la forma en que se desarrolló la relación, esto es, que se le impartían órdenes por el personal vinculado directamente con ella, que los medios e instrumentos 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 su real empleadora.

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

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

La jurisprudencia ordinaria laboral enseña 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 deslaborarlos 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



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

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 celebre 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 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 dicho por 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 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 establecida, 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. 90 a 100 y 242 a 266 ib.).

También obra el contrato de arrendamiento de montacargas y servicio completo de mantenimiento No. CTF15-000175 celebrado entre ASL y Distribuidora Toyota (fls. 102 a 114 ib.), el cual refuerza que ASL no tenía herramientas e, incluso, aparece Bavaria S.A. como «fiadora».

Además, no puede pasarse por alto 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»*.

Así las cosas, vale recordarle al apoderado apelante de Bavaria S.A., que la única prueba en contra de la anterior aseveración y de lo dicho por el testigo Manuel Rodríguez, es la declaración de la representante legal de esta demandada, siendo que le esta prohibido a las partes fabricar las pruebas para su beneficio, por lo que lo dicho por aquella en su interrogatorio no tiene la fuerza probatoria suficiente para derruir la tesis del Tribunal, máxime que no cuenta con ningún respaldo probatorio.



Es que ni siquiera, la solicitud del apelante, relacionada a que se apliquen las consecuencias jurídicas del art. 205 del CGP tiene cabida para revocar la sentencia de primera instancia, porque al escuchar la declaración del demandante, no se observa que este haya evadido las respuestas, se limitó a responder lo que sabía desde su propia tesis de demanda, sin que esto pueda entenderse como una conducta evasiva a responder las preguntas que le hacía el apoderado judicial de Bavaria.

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 se dijo en precedencia, no son suficientes para tenerla como su verdadera empleadora, por cuanto en realidad los servicios fueron prestados 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, encontrándonos ante un típico caso de intermediación, que impone tenerla como verdadera empleadora del demandante.

Lo expuesto, lleva a concluir, como lo consideró la juzgadora de instancia, que Bavaria SA., como empresa beneficiaria era la verdadera empleadora del demandante porque efectivamente ejercía el poder de dirección sobre su trabajo, se beneficiaba de su labor y, por ende, no podía hablarse de tercerización porque la empresa suministradora no tenía intervención sino en el pago de emolumentos laborales y con su apariencia solo pretendía cubrir necesidades permanentes del objeto social de Bavaria SA., como representante 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, en cuanto al punto de apelación del demandante, si se entendiera que lo que busca es que se le pague el mismo salario que perciben otros trabajadores que desempeñan la misma función, hay que manifestar que para que pueda imponerse este tipo de condenas debe demostrarse, no solamente la existencia del contrato de trabajo, sino el salario de su par o de quien ostente el mismo cargo y/o desempeñe las mismas funciones, para acceder a la nivelación salarial pretendida.

Si bien aparece a fl. 47 del archivo 01 digital la constancia de afiliación del actor al sindicato SINALTRACEBA, recibido por Bavaria el 28 de diciembre de 2017, así como la convención colectiva suscrita entre Bavaria y SINALTRACEBA – 2017 (archivo 05 digital) en donde se estipula el salario del operario auto elevador; no obstante, como el Tribunal lo ha dicho en preteritas oportunidades, no se tiene la certeza que el cargo de montacargas obedezca al mismo de auto elevador, ya que este aspecto no fue suficientemente discutido en primera instancia, y a pesar de que el testigo Manuel Rodríguez manifestó que el actor se desempeñó como montacarguista o auto elevador, se desconoce que se traten de las mismas labores tal como lo pretende hacer ver el actor en su demanda, por lo que ante dicha incertidumbre no se puede condenar por ningún concepto.

Y en un escenario más favorable, si se revisara la posibilidad de aplicar el pacto colectivo suscrito por Bavaria y los trabajadores no sindicalizados, que allegó la demandada (archivo 06 digital); esto tampoco sería posible, por la sencilla razón que al haber estado sindicalizado el trabajador demandante, en principio, se le aplicarían los beneficios del acuerdo convencional, como quiera que no existe solicitud de adhesión al pacto colectivo.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada y dada las resultas de los recursos de apelación no se impondrán costas en esta instancia.



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

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 apelada, acorde con lo aquí considerado.

Segundo: Sin costas en esta instancia.

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

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JOSE ALEJANDRO TORRES GARCÍA
Magistrado