



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

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2018 00208 01

Andrés Fernando Vanegas Rodríguez vs. Bavaria S.A.

Bogotá D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la demandada Bavaria S.A., contra la sentencia proferida el 27 de octubre de 2021 por el 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. Andrés Fernando Vanegas Rodríguez mediante apoderada 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 16 de septiembre de 2015, en consecuencia, se ordene a la demandada a 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 inicio del contrato 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 16 de septiembre 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 u operario



autoelevador, siempre ha desempeñado las mismas funciones en las instalaciones de Bavaria en Tocancipá; recibiendo una remuneración parcial de \$900.000, la que ascendió a \$1.200.000; ha manejado un montacargas de propiedad de Bavaria, cumple el horario de trabajo publicado en sus instalaciones, recibe órdenes diariamente de los jefes de Bavaria; su remuneración la recibía a través de ASL S.A., agrega que los empleados directos de Bavaria perciben un salario superior al suyo, a pesar de cumplir las mismas labores.

El juzgado de conocimiento, mediante auto de 26 de julio de 2018, admitió la demanda y vinculó al trámite procesal a la entidad Agencia de Servicios Logísticos S.A., ASL S.A. (fl. 75 PDF 01).

2 . Contestación de la demanda. Dentro del término de traslado, **Bavaria S.A.**, contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, frente al contrato realidad afirma que el demandante nunca trabajó y tampoco estuvo subordinado a su cargo, no le paga salarios, ni prestaciones sociales; precisó que celebró contrato de prestación de servicios de operación logística con la Agencia de Servicio Logísticos, atendiendo la especialidad y manejo del contratista y actuando ella como contratante, contratación consagrada en el artículo 34 del CST, siendo dicha empresa la que contrató a su personal para la ejecución de ese contrato, entre ellos al demandante, como el mismo lo confiesa, siendo por tanto, su verdadera empleadora y por ende será quien debe responder por las pretensiones de la demanda; asegura que ASL desarrolló plenamente sus actividades como contratista independiente, 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 (fls. 200 a 217 del PDF 01).

Aunque la **Agencia de Servicios Logísticos S.A., ASL S.A.**, allegó escrito de contestación de la demanda (fls.93 a 100 PDF 01), lo hizo por fuera del término legal; en virtud de lo cual, la jueza de conocimiento, con auto del 6 de febrero de 2020, tuvo por no contestada la demanda (fl. 273 ídem).



3. Sentencia de primera instancia. La Jueza Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia proferida el 27 de octubre de 2021, resolvió declarar la existencia del contrato de trabajo del demandante con Bavaria S.A., a partir del 16 de septiembre de 2015 hasta el 8 de julio 2018, la condenó a pagar las siguientes sumas: \$5.504.192 por indemnización por terminación del contrato de trabajo, \$9.356.389 por diferencia salarial de acuerdo con la convención colectiva de Sinaltraceba, \$779.699 por diferencia de cesantías, \$779.699 por diferencia de prima de servicios, \$54.578 por diferencia de intereses a las cesantías, \$389.849 por diferencia de vacaciones; la condenó en costas, fijando como agencias en derecho la suma de dos SMLMV y la absolvió de las demás pretensiones, así como a ASL S.A. de la totalidad de lo suplicado.

4. Recurso de apelación de Bavaria S.A.. Inconforme con la sentencia de primera instancia, presentó recurso de apelación sustentándolo en los siguientes términos:

“...Gracias, estando dentro de la oportunidad respectiva, comedidamente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho en el proceso que nos ocupa en el día de hoy. Sustento el recurso de apelación en todo lo desfavorable a los intereses de mi representada en los siguientes términos: En relación con el contrato realidad, el juzgado dice que data del 16 de septiembre de 2015 al 8 de julio del año 2018, en esos términos debo indicar su señoría que en primer lugar no estoy de acuerdo con la declaratoria del contrato realidad, en mi opinión la parte demandante no demostró la existencia de la relación laboral directamente con mi representada, el demandante no desconoció y eso no lo valoró el despacho, el demandante no desconoció que había laborado o que fue vinculado incluso directamente con la Agencia de Servicios Logísticos, lo que pasa es que lo único a lo que se refirió el demandante es que se había, perdón que con mi representada había sostenido una relación laboral, Las pruebas no dan cuenta de eso, evidentemente el señor Didier Mora o el Team Líder, como lo dice el despacho, que si fue trabajador de mi representada, claro, pero la representante legal obviamente no dijo de manera espontánea que evidentemente ese señor team líder había sido trabajador de mi representada, pero no lo dijo para los efectos que el despacho estimo, que era para acreditar la existencia de un contrato realidad entre el demandante y mi acudida, lo dijo pues porque obviamente siempre han preguntado por algunas personas, en reiteradas ocasiones y en otros procesos, y obviamente si es información que aparece en las instalaciones de Bavaria, pues de manera veraz Bavaria no tiene que ocultar nada sino que lo dice espontáneamente, cuenta quienes han sido sus trabajadores. El demandante pues por el contrario, el demandante no pudo desconocer reitero, la existencia de su vinculación directamente con la Agencia de Servicios Logísticos, quien era la que le pagaba salarios, prestaciones sociales, le entregaba aportes a seguridad social, asuntos que terminó, le tocó terminar aceptando al testigo y en esa medida es donde se equivoca el despacho, porque esa valoración probatoria no era como lo indicó, es decir, no lo era como lo indicó en la medida en que no se observa que ese entre comillas team líder, haya actuado en representación de Bavaria como dice el Despacho para ejercer un control de la operación logística, en este proceso no hay una sola prueba que acredite que mi representada ejercía un control de la operación logística porque es que en realidad nunca lo ejerció, porque estamos hablando de ASL como una empresa con total autonomía administrativa y financiera, tan es así que es el demandante y el testigo quienes cuentan cómo fue que se hizo la convocatoria para sus cargos, claro no recuerdan después con quien hablaron, solo se acuerdan es de las personas de Bavaria, pero no se acuerdan con quienes hablaron de Agencia de Servicios Logísticos, por ahí el testigo mencionó, o el demandante, uno de ellos dos, mencionaron al señor Néstor Segura, pero que parece que lo veían por ahí, no eso no es que lo veían por ahí, eso es que quieren ocultar la realidad de lo que paso, lo que pienso señoría



es que se equivoca el despacho cuando dice que mi representada ejercía el control de la operación y eso no es verdad, aquí no se demostró ni siquiera se acreditó las presuntas reuniones que habló el testigo y que pues que creo que el despacho en su análisis, por eso le dio credibilidad al testigo, al único que vino, y también le dio credibilidad al demandante, quien pues obviamente desviando la atención del despacho, lo que siempre dijo era que había estado subordinado con la Agencia de Servicios Logísticos, cuando eso no es verdad, aquí no existe ni una sola prueba que acredite la presunta subordinación de Bavaria, perdón, es verdad que él laboró con Agencia de Servicios Logísticos y estuvo subordinado con ellos, contrario a lo que dedujo el despacho que es que había estado subordinado con Bavaria, eso no es cierto, aquí no hay ni una sola prueba, ni siquiera un documento que acredite que al demandante le llamaban la atención, le daban órdenes e instrucciones, o que mi acudida ejerció algún acto de subordinación directamente del demandante.

En segundo lugar, se equivoca el despacho cuando le da la denominación a Agencia de Servicios Logísticos, de intermediario, porque primero en este proceso no se está discutiendo la legalidad del contrato de operación logística como para pensar siquiera que es que ASL fue un simple intermediario de mi representada, ASL actuó como lo que era y eso no lo valoró el despacho, es decir una empresa con total autonomía administrativa y financiera, por eso hizo los aportes a seguridad social, por eso pagó todas las acreencias que tenía que pagar pues porque obviamente en su condición de empleador directo del demandante, era el único que tenía esa responsabilidad; no es cierto, reitero, ya para terminar este punto de la apelación, que el team líder hubiere ejercido alguna clase de control sobre el contrato de operación logística, aquí no está acreditado nada de eso, creo que el juzgado se equivoca cuando valora no solamente con la prueba testimonial sino la confesión del demandante y de la señora representante legal de Bavaria y obviamente de la prueba documental; porque si hubiera efectuado una valoración de todas las pruebas obrantes en el plenario, se había percatado que no que Bavaria no tuvo ninguna clase de injerencia y Bavaria hizo lo que la ley permite, porque en este país no está, reitero, prohibida la tercerización laboral, en debida forma como lo ha hecho mi representada, con independencia que haya otras compañías o que en algún momento hubiera no se se (sic), se hubiera hecho otra cosa diferente, con Agencia de Servicios Logísticos mi representada realizó una tercerización laboral en debida forma.

En segundo lugar (sic), la representante legal de la compañía no confesó nada distinto a lo que se le pregunto, más que confeso, es decir, no se refirió a nada distinto de lo que se le pregunto, que en realidad era si determinadas personas habían sido o no trabajadores de Bavaria, pero fíjese que no hay una descripción ni del demandante, ni del testigo, cuáles eran las presuntas tareas que tenía que hacer el demandante al servicio de mi representada, o cuales fueron las ordenes que le dieron al demandante para que ejerciera determinadas labores al servicio de Bavaria, porque es que se habla de unas personas acá, siempre se ha venido con ese libreto por parte de los testigos, hablando de unos señores pero aquí no observo cuales eran las tareas, el contrato realidad se debe analizar desde todos los aspectos, es decir si el aspecto evidentemente cuales fueron las tareas que desarrolla el presunto trabajador de una empresa de la que yo reclamo la existencia del contrato realidad, entonces en esa medida, yo desde ya les ruego a los Honorables Magistrados que se analice en debida forma el tema del contrato realidad, del presunto control que ejercía mi representada sobre la operación logística, lo cual no es cierto, aquí no está demostrado, no hay ni una sola prueba que acredite el presunto control que el despacho dice ahora que existió por parte de Bavaria en relación con ese contrato de operación logística, y que se determine lo que en realidad salta a simple vista y a todas luces, que es que el demandante laboró única y exclusivamente para la Agencia de Servicios Logísticos como su verdadero empleador.

En segundo lugar (sic), y si en gracia de discusión se determinara, que el demandante, ha bueno, una última cosa y es que el despacho evidentemente hizo un llamado en cuando a que cuando se terminó la relación laboral entre el demandante y Servicios Logísticos, esta última le confirió varias opciones al demandante para que se fuera para otros lugares a prestar el servicio, lugares que son del resorte directo de Servicios Logísticos, es que si mi representada o si más bien, si ASL hubiere sido intermediaria de Bavaria, Bavaria entonces tendría en los lugares en que el despacho adujo o que se encuentra ahí en el expediente, si Bavaria tuviera planta o tuviera algunas oficinas, u otra planta como la de Tocancipá en esos sitios, en Pasto y demás, pues podría uno pensar que se actuó de manera, o como un simple intermediario Servicios Logísticos, que hizo Agencia de Servicios Logísticos, se terminó su contrato de operación logística, pues que hizo con su trabajador, le dijo mire yo tengo opción de enviarlo a usted para donde tengo otros contratos, acepta o no, el demandante no aceptó, pero es que eso no es una directiva que haya dado Bavaria, porque Bavaria no tiene y aquí no está demostrado en el expediente que Bavaria tuviera en esos lugares a los que se refirió el Despacho y los que están ahí también, demostrados a los folios a los que se refirió el Despacho, que es que Bavaria tuviera, estuviera ejerciendo o tuviera otra clase de planta o pues otras instalaciones donde el demandante, si es que Agencia de Servicios Logísticos era un simple



intermediario pues el demandante entonces si hubiera sido, se le hubiera dado la opción váyase para allá porque allá es donde Bavaria tiene nuevamente lugares donde Ud. puede prestar el servicio; lo que hizo ASL es darle la opción donde ASL tenía o estaba desarrollando los diferentes contratos con otras empresas completamente distintas, porque aquí no está acreditado que era que en esas ciudades entonces continuara con Bavaria ejerciendo desarrollando contratos de operación logística y entonces en esa medida, eso es un aspecto que el Despacho valoró equivocadamente porque aunque se refirió a eso, no le dio la trascendencia de lo que en realidad era y es que ASL como su verdadero empleador y como una empresa con total autonomía administrativa y financiera tomó la determinación de hacerle un ofrecimiento al demandante, es que es el empleador el que lo hace, un simple ofrecimiento al demandante, o no simple, sino un ofrecimiento al demandante en donde el pudiera ir a desarrollar sus labores.

De otro lado dice el juzgado, que se acreditó que el demandante es beneficiario de la convención colectiva con Sinaltraceba porque el demandante es una persona que está afiliada a Sinaltraceba, yo pienso que el juzgado se equivocó al valorar esas pruebas por varias razones, entre otras, porque es que yo le pregunte a cuantas organizaciones sindicales estaba afiliado, se lo dije yo en el interrogatorio de parte y esto lo digo en gracia de discusión si es que se determinara que hubo contrato realidad, pero que insisto no fue, y es que cuando yo lo indague en el interrogatorio de parte y por eso pienso que el juzgado valoró de manera equivocada la confesión del demandante, el demandante dijo no yo solamente he estado afiliado a Sintracergal creo que es, a una organización sindical con la que Bavaria no ha suscrito ninguna clase de convención colectiva, y fue el demandante el que espontáneamente lo confesó, claro si aparece, que es que apareció un documento y podría pensarse que es que el documento está por encima de la confesión, pero el despacho no puede olvidar que el demandante, o sea, lo único que hizo fue confesar a lo que yo le había preguntado, le dije a cuantas organizaciones sindicales está afiliado usted, o en cual y él dijo que solamente en Sintracergal, entonces si llegó a estar afiliado a Sinaltraceba esa afiliación pienso que no pudo haber tenido los efectos que el despacho le dio porque el demandante no puede estar afiliado a una organización de la que no tiene ni idea que el mismo estaba afiliado, porque fue el demandante el que confesó que el solamente se había afiliado a Sintracergal, de la cual además dijo que soy suplente, no supo decir en qué cargo, lo que además demuestra que, dicho sea de paso indicar, esa serie de afiliaciones del demandante y de otros trabajadores pues para lo único que se hacen es para abusar del derecho de asociación sindical, no tenía ni idea, no se acuerda ni del nombre, igual que el testigo, por ahí mencionó una organización sindical que no tenía ni idea de cómo se llamaba; entonces pienso que estuvo mal valorado esos documentos que dicen que presuntamente el demandante se había afiliado a Sinaltraceba, cuando él, el demandante quien confiesa que el único sitio donde él estaba afiliado es al Sintracergal, entonces en esa medida no se le puede dar la validez, tendría casi que la condición de ineficaz una afirmación de esa índole cuando el demandante era consciente que él solamente estaba afiliado a una organización sindical distinta de la que se refiere el documento, entonces en esa medida el despacho no podría darle alcance ni eficacia a un documento que el mismo demandante prácticamente no sabía ni que existía y en esa medida no puede aplicarle de manera automática a mi representada la obligación, o más bien en este proceso no puede aplicar de manera automática la aplicación de unos presuntos beneficios de una convención colectiva de trabajo de la que el demandante no era beneficiario, eso sí creo que debe quedar muy claro, porque el demandante no era beneficiario cuando el mismo incluso en el expediente obra en algún folio la afiliación de él a Sintracergal, un listado de trabajadores entre otras, donde aparece es el demandante. Entonces el juzgado se equivoca porque le da una aplicabilidad a una convención colectiva de trabajo, además porque es que entre otras razones señoría, y yo les digo desde ya a los Honorables Magistrados, porque es que entre otras razones no hay en realidad la demanda no se refiere bien a qué clase de organización sindical y dentro de las pretensiones de la demanda no se puede deducir que el demandante este reclamando los beneficios de la convención colectiva de, de de (sic) cómo se llama Sinaltraceba, se refiere más a Sintracergal, incluso cuando la misma (deja constancia que no se le escuchaba por eso se hizo otro recurso, continúe doctor Santana ...pero no sé dónde estaba, hasta donde escuchó el despacho.... No doctor retome ud. Estaba hablando en ese momento de la inaplicación de la convención colectiva, que ese era el tema que estaba desarrollando en el recurso... listo Señoría), Entonces retomo que no se le podía aplicar la convención colectiva de trabajo al demandante, yo dije lo que tiene que ver con que estimaba que el despacho no tuvo en cuenta que el mismo demandante fue quien confesó que solamente se encontraba afiliado a Sintracergal, que y si se observa que hay un documento de afiliación a Sinaltraceba, es un documento que no tendría eficacia en este proceso, teniendo en cuenta que es el demandante casi que hizo una filiación sin, sin.. . o quien sabe cómo se haría la afiliación, pero es una afiliación que goce de legalidad, eso lo que demuestra es el afán de tratar de acreditar que está afiliado a alguna clase de organización sindical, pero la verdad fue que el propio demandante quien confesó cuando yo le pregunte que si estaba afiliado a cuantas organizaciones sindicales y dijo que no que solamente a Sintracergal de la que



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

era suplente, no supo ni siquiera decir suplente en que cargo, pero que él es suplente, entonces reitero que eso demuestra cómo lo dije yo, si quedo en el audio anterior, como lo dije yo que lo único que hay es un abuso del derecho de asociación sindical entonces no se puede el despacho no estaba, o no podía mejor, darle aplicabilidad a una convención colectiva de trabajo de la que el propio demandante en realidad no es beneficiario, el demandante tenía claro su afiliación a Sintracergal pero no a una afiliación como a Sinaltraceba, en esa medida estimo que el Despacho se equivocó al darle aplicación y al ordenar el pago a mi representada de unas diferencias salariales teniendo en cuenta la convención colectiva de trabajo de Sinaltraceba, que fue aportada por el suscrito, claro porque el despacho requirió, a mi representada para que la presentara, pero esa circunstancia no, digamos no convalida el hecho que haya que pagarle o aplicarle una convención colectiva de trabajo al demandante de la que en estricto sentido el actor no era beneficiario-

En segundo lugar (sic), quiero decirle al despacho incluso que la convención colectiva, la demanda se refiere a Sintracergal no es una demanda que diga propiamente que el demandante estuvo afiliado a Sintracergal y demás, pero en el numeral segundo de la demanda, que yo creo que el despacho se equivocó en valorarlo, la demanda, se dice que se solicita se requiera a la parte demandada al momento de descorrer el traslado de la contestación para que presente los documentos, copia de un pacto colectivo, el que no se da nombre, lo mismo de una convención colectiva de trabajo, luego de un certificado de escala salarial, certificado de salarios, de todos los factores salariales, de bonificaciones, copia de comprobantes de pago, de nómina y el numeral 8 habla de copia de la hoja de vida de los trabajadores, pero no se refiere propiamente a ninguna convención colectiva de trabajo de mi representada con Sinaltraceba y quien había dispuesto en el numeral 3° quien había indicado que se le decretaran en favor suyo la convención colectiva de trabajo era la parte demandante, quien debió haber aportado que habla si bien es cierto de copia de la afiliación del demandante a la organización sindical Sinaltraceba y copia de la constancia de registro de la organización sindical Sintralacergal (sic) en ese numeral 3°, por eso digo que el despacho valoró equívocamente estas pruebas porque quien tenía la carga de la prueba de acreditar la existencia de la relación laboral (sic) con Sinaltraceba y contra Sintracergal, esto es una prueba sustancian actus que era una prueba en poder, o más que en poder era una obligación de la parte demandante haber presentado la prueba, el suscrito la presentó por requerimiento del juzgado pero no porque se hubiera dicho que estaba en poder de mi representada, porque además si es un afiliado a una organización sindical, el tenía todo el derecho y tiene la obligación de presentarla porque es un afiliado a una organización sindical; entonces en esta medida pienso que el juzgado se equivoca al darle aplicación a unos beneficios de un convención colectiva de trabajo que en estricto sentido el demandante no tenía derecho a que se le diera aplicabilidad a dichos beneficios.

Por último, en relación con las diferencias de prestaciones sociales y vacaciones y la diferencia de la indemnización por despido sin justa causa, debo decirle al despacho que, como no existe prueba en el plenario que de verdad acredite que el demandante tenía derecho a recibir un salario superior al que le pagaba la ASL, no hay lugar a efectuar el reconocimiento y pago de ninguna clase de diferencia salarial, ni de la indemnización por despido sin justa causa, ni de las sumas de dinero de que trata la condena; y en gracia de discusión, de todas manera el juzgado no le dio aplicación o no decretó ni declaró la excepción de compensación debidamente propuesta por el suscrito en la contestación de demanda, en la que debieron haber compensado las sumas de dinero que pagó la ASL, al momento de finalizar la relación laboral con el demandante, luego se debe verificar también este punto para efectos de que se decrete la excepción de compensación, porque de todas maneras están demostrados los pagos que realizó la ASL durante la vigencia de la relación laboral y de igual manera al momento de terminar el contrato de trabajo. En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación y solicito que se concedida para ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca...”.

5. Alegatos de segunda instancia. En el término de traslado, las partes guardaron silencio.

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: (i) sí entre el demandante y



Bavaria S.A., bajo la primacía de la realidad existió un contrato de trabajo; dependiendo de ello, (ii) 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. (iii) debe declararse la excepción compensación propuesta por la demandada Bavaria S.A..

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. 333 CP, 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 SL467 y SL2879 de 2019, SL415 de 2021.

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 Bavaria S.A., repara que la juzgadora de instancia no hizo una debida valoración de las pruebas recaudadas, ya que, de haberlo hecho, las resultas del proceso serían distintas, en el sentido que entre las partes no hubo contrato de trabajo bajo la primacía de la realidad.

Inicialmente vale precisar 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:

- 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



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

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 que la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico laboral que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico a fin de ser más competitivas, estas no pueden ser utilizadas

«con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades», en razón a que «debe estar fundada en razones objetivas, técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial»,.

Y que, cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos, sino para evitar la contratación directa mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y aparato productivo especializado, *«estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal»* (CSJ SL467-2019). La Corte, en dicho pronunciamiento, también sostuvo que *«aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitida en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal».*

Elucidado lo anterior, procede la Sala a analizar las pruebas recaudadas dentro del presente asunto, con miras a establecer si se presentó el dislate valorativo que alega el apelante, o si por el contrario, obró bien la juzgadora en la valoración probatoria que la llevó a concluir que el demandante estuvo vinculado bajo un contrato realidad con la demandada Bavaria S.A..

Al proceso, entre otros, se aportaron los siguientes documentos:



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

(i) Certificaciones de PORVENIR, donde se hace constar que el demandante está afiliado a esa entidad, en cesantías y pensiones, siendo la empresa AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A., quien realizó su último aporte –para pensión- a esa cuenta (fls. 62 y 63 PDF 01);

(ii) Historia Laboral Consolidada en pensiones de PORVENIR (fls. 64 a 69 y 267 a 272 ibídem);

(iii) Desprendibles de pago del actor donde se indica “EMPRESA. AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A. ASL S.A. - C.O. 039 TOCANCIPA BAVARIA – CARGO: MONTACARGUISTA”, de las dos quincenas de enero y febrero y la primera de marzo de 2018 (fls. 264 a 266 ibídem);

(iv) Contrato de operación logística celebrado entre Bavaria y ASL S.A., No. CT2017-94 de 4 de julio de 2017 (fls. 111 a 147 y 226 a 263 ídem);

(v) Modificación No. 3 al contrato de arrendamiento de montacargas y servicio completo de mantenimiento No. CT F15-000175 (fls. 149 a 160 ídem);

(vi) Comunicación de ASL de 19 de junio de 2018, donde le propone al demandante trasladarse voluntariamente a los centros de distribución ubicados de Pasto, Pereira, Popayán, Neiva, Cauca, Apartado, Montería, dado que no se le adjudicó la licitación para continuar con la operación logística en Tocancipá (fl. 3 PDF 08);

(vii) Carta de ASL SA dirigida al demandante con referencia “*Finalización del vínculo contractual*”, a partir del 8 de julio de 2018 (fl. 4 PDF 08);

(viii) Comprobante de pago de prestaciones sociales de 15 de julio de 2018, de ASL S.A., donde le reconoce al actor la suma de \$2.533.135 (fl. 5 y 6 PDF 08).

(ix) Fotografías (14) allegadas con el escrito de demanda, indicándose al relacionarse como pruebas que son “...del demandante en las instalaciones de la empresa BAVARIA S.A. presentando (sic) sus servicios de montacarguista u operario autoelevador...” (numeral 6 título Documentales, fl. 13) (fls. 48 a 60 PDF 01).

(x) Carné del accionante, dividido en tres secciones, al lado izquierdo aparece “TOCANCIPÁ CORAZÓN DE BAVARIA”, en seguida “EMPRESA CONTRATISTA: ASL” y la firma del trabajador, y el slogan “¡Vivo sano, trabajo seguro!”; en la parte central se observa la foto del accionante, y se registran sus datos personales, nombre, apellido, cédula, “R.H.”, “E.P.S.”, “A.F.P.”, “A.R.L.” y fecha de vencimiento, sin que aparezca alguna en dicha casilla; y en la parte derecha se observa el logo de empresa Bavaria y la frase “¡Vivo sano, trabajo seguro!” (fl. 61 PDF 01).

(xi) Carta de notificación de nuevos afiliados suscrita por el presidente de la Junta Directiva de la Subdirectiva Seccional Tocancipá de Sinaltraceba, dirigida al



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

representante legal de Bavaria S.A., en la que figura Andrés Fernando Vanegas Rodríguez como nuevo afiliado, de fecha 22 de diciembre de 2017, con sello de Bavaria, recibida el mismo día a las 11.05 am. (fls. 45 y 46 *ibídem*).

(xii) Copia de la constancia de registro de creación y primera junta directiva de la subdirectiva Tocancipá del sindicato Nacional de Trabajadores del Sistema Agroalimentario, la Industria de Bebidas, Gaseosas, Refrescos, Lácteos, Cervezas y Licores en Colombia - Sintracergal, con fecha de registro 23 de febrero de 2018, y aparece el actor en el cargo de suplente de la Junta Directiva (fls. 46 y 47 *ídem*).

Se recibieron los interrogatorios a las partes:

El actor sostuvo que ingresó a laborar a Bavaria por cuenta de la intermedia ASL, que fue la empresa que lo llamó para hacer el proceso correspondiente *"...ellos me mandaron hacer todo el proceso antes de ingresar a firmar allá en Bavaria y antes de hacer los cursos en Bavaria, de seguridad para poder entrar..."*, que sus funciones eran operar el montacargas en la planta de Bavaria en Tocancipá *"...o sea allá movía producción para las bodegas..."*, que esa labor era dirigida por el señor Didier Mora, quien les hacía reuniones diarias con todos los compañeros montacarguistas que llegaban al área y les indicaba lo que tenían que hacer, que producción iba a salir, donde la debían colocar o modular, si se iba a parar la línea de producción, y el señor José Navarro, que son los team líder de las líneas de producción *"...el señor Didier Mora como el team líder de las líneas donde yo permanecí la mayoría del tiempo, él nos reunía y nos daba las indicaciones de lo que iba a trabajarse ese día o lo que iba a salir, el señor José Navarro era como especialista en logística, estaba encargado de todo y él iba dando ronda y nos preguntaba de pronto donde estábamos modulando o así por el estilo..."*, que el personal de ASL, llevaban como un inventario y les preguntaban lo que iban sacando, o a veces quedaba alguna persona encargada cuando no estaba Didier Mora; que prestó sus servicios hasta el 8 de julio de 2018 *"...nos pasaron la carta porque Bavaria cambio de empresa intermediaria y ahí finalizo mi labor..."*; que cuando terminó su vinculación le cancelaron la liquidación final de prestaciones *"...obviamente Bavaria por la intermediaria ASL, Bavaria le asignó a ASL los pagos..."*; que le entregaron dotación y los elementos de protección personal *"...yo creo que era Bavaria porque ellos siempre nos daban los EPPs. como tal y pues la dotación periódica..."*; precisó que *"...donde yo realizaba mis labores que era en la línea de producción, el mayor contacto que teníamos era con el señor Didier Mora, en ocasiones si dejaban algotras (sic) personas encargada cuando él estaba ocupado o tenía otras reuniones como tal..."*; que dejaba a *"...Néstor no me acuerdo el apellido y el señor William..."*, era Néstor Segura *"...que era un*



colaborador, pero con él no tuve trato como tal, lo escuché si pero no tuve trato así como tal...” y “...William era como la persona que dejaba encargado el señor Didier Mora a veces para que estuviera presente de pronto en el conteo de la materia prima cuando se terminaba o íbamos a cambiar de referencia...”.

La representante legal de Bavaria S.A. -ISABEL CRISTINA BEDOYA MARIN- manifestó que la empresa no tiene el cargo de montacarguista dentro de su planta de personal, pero que en las instalaciones de la compañía hay operadores logísticos que tienen este tipo de instrumentos –montacargas- para desarrollar el objeto del contrato, que son empresas *“...especializadas en el manejo del producto terminado y transportes primario y secundario del producto terminado y eso está avalado digamos por los contratos de prestación de servicios que se establecen entre la empresa y empresas que son terceros técnicos expertos y que tienen autonomía técnica, administrativa y financiera...”*, que los señores Didier Mora y José Navarro fueron trabajadores directos de Bavaria *“...José ya no está dentro de la compañía –salió el 13 de noviembre de 2019-, Didier si...”*, *“...actualmente tiene el cargo de líder de envase...”* que es lo mismo que un líder team, que *“... José Navarro era un especialista de almacenamiento y Didier Mora era un líder de paso, digamos que ellos directamente no tienen un manejo con el área de la que se habla en este proceso judicial, por eso nos parece extraño y lo dijimos en la contestación de la demanda que se haga referencia a que al parecer o presuntamente ellos fueron jefes del demandante...”*; adujo que el cargo de montacarguista u operario autoelevador no es permanente para la ejecución del objeto social de la empresa, ya que éste -el objeto social- es la producción de cerveza, por lo que no es un cargo que esté dentro del corte del negocio *“...por eso es un cargo que se entiende se tiene tercerizado como un proceso completo a través de un operador logístico, que en el momento fue ASL, que ellos tienen a cargo toda la operación dentro de eso lo del transporte primario y el transporte secundario...”*.

Se escuchó la declaración de Edwin Alberto Gómez Rojas, quien dijo haber sido compañero de trabajo del demandante entre los años 2015 y 2018, en la planta de Tocancipá de Bavaria S.A., que las labores del actor eran las mismas del testigo, ya que ambos tenían el cargo montacarguista o autoelevador, de *“...alimentar líneas de producción y sacar producto terminado para su posterior almacenaje...”*; expresó que quien les direccionaba el trabajo era el team líder “Didier Mora”, trabajador de Bavaria, porque utilizaba un casco blanco con la “B” de Bavaria y un chaleco reflectivo de esa empresa, los reunía diariamente a *“...todos los compañeros montacarguistas ... antes de iniciar labores ...”* y les decía cual referencia se iba a sacar en el día y donde debían modular, que dicho team líder era el encargado *“...él era el cabeza, el mayor ahí que*



estaba...”, manifestó que no vio personal de ASL dirigiendo al accionante, sino “...también acatando las ordenes que nos daba el señor Didier Mora...”; que los ingenieros José Navarro y Álvaro Escobar, también eran trabajadores de Bavaria porque “...utilizaban toda la dotación de Bavaria, cascos rotulados con Bavaria, y pues obviamente uno sabe que ellos son directos de Bavaria...”, que “...ellos eran pues se la pasaban era haciendo recorridos más que todo y él direccionaba las órdenes a Didier Mora hacía nosotros, era como el conducto regular...”, que para cuestiones de los permisos “...tocaba con el team líder que era el que nos daba como la autorización para hacer un permiso como tal...”; que los team líder eran “...pues por turnos, a mi casi siempre me tocó fue con él –aludiendo a Didier Mora-, ya los otros turnos ya había otras personas...”, que los montacargas se tanqueaban en la estación de gas que existe dentro de las instalaciones de Bavaria; que el actor ingreso igual que él -el testigo- “...Como me contrataron a mi doctora, igual, lo mismo, nos llamaron, hicieron pruebas...”, “...Pues habían unos avisos que se necesitaban montacarguistas para trabajar en la central Cervecera Central de Tocancipá de Bavaria, pues pasamos la hoja de vida, nos llamaron, nos hicieron pruebas, la entrevista común y corriente y ya exámenes médico y contratación y a trabajar...”

Igualmente refirió, que no recordaba los nombres de otros team líder “...pues como me tocó casi siempre con él –se refiere a Didier Mora- pues los otros nombres no, si se quiénes eran, pero los nombres como tal no los recuerdo en el momento...”; que cada que rotaba de turno él -el testigo- rotaba con el mismo team líder, esto es Didier Mora; también señaló que él no estuvo en el mismo turno con el demandante “...no, él rotaba en otro turno...”; pero que sabe que Didier Mora le daba órdenes a aquel porque “...pues son las mismas órdenes entre ellos me imagino yo, pues porque yo no tengo acceso entre los teams líder, que órdenes tenía ellos, entonces eran las mismas...”; señaló que no estuvo presente cuando al demandante le daban órdenes “...porque él andaba en otro turno, ahí si serían las ordenes de otro...”. Cuando la apoderada de ASL le preguntó porque le constaba que Didier Mora le daba órdenes al gestor, refirió “...pues igual las iba a recibir porque si es el team líder, iba a recibir las mismas órdenes, así sea con otro team líder...”, “...sí, porque, o sea, los teams líder tenían las mismas ordenes porque era el mismo producto, la misma cerveza y todo, ahí lo que variaba era donde se almacenaba pero es lo mismo...”, y aclaró que no hicieron con el demandante el mismo proceso de ingreso “...no, porque yo entre como dos meses antes de él...”; que aseveró lo del ingreso porque “...pues es el mismo para todos como entramos allá, es el mismo, el mismo sueldo, la misma dotación, todo...”, y que el pago del salario y los aportes a seguridad social los hacía Bavaria por intermedio de ASL.



De los medios de prueba enunciados, analizados uno a uno y en conjunto, se evidencia que el demandante prestó servicios personales como operador de montacargas o autoelevador en las instalaciones de la planta de la empresa Bavaria S.A., ubicada en el municipio de Tocancipá - Cundinamarca, y que suscribió un contrato de operación logística con la Agencia de Servicios Logísticos ASL SAS, en cumplimiento del cual el accionante prestaba sus servicios personales.

La jueza de instancia para concluir que el contrato de trabajo del demandante lo fue con la demandada Bavaria, dio plena credibilidad al testigo traído al proceso, quien aseveró que ejerció el mismo cargo del actor –montacarguista u operario autoelevador-, realizando las mismas actividades y en el mismo lapso de tiempo, que además fueron vinculados de igual manera, que el accionante recibía órdenes e instrucciones del personal de Bavaria, específicamente del team líder Didier Mora, quien les indicaba la labores que debían ejecutar y los direccionaba sobre lo que debían hacer en cada turno, les hacía reuniones obligatorias diarias para impartirles órdenes; coligiendo la juzgadora *“...que no se demostró realmente que Bavaria S.A. se desprendiera de la ejecución de las labores y efectivamente lo que se demostró fue acá que tenía una injerencia total a través del team líder Didier Mora, team líder que obviamente confesó el acá representante legal de Bavaria, que era trabajador de Bavaria S.A., lo mismo que el señor José Navarro quien también manifestó Andrés Fernando Vanegas Rodríguez, en su interrogatorio de parte recibir órdenes tanto de Didier Mora como de José Navarro. Bavaria en su interrogatorio de parte reconoce que el team líder es el líder de línea y también se puede evidenciar con el interrogatorio de parte de la demandada, que tanto José Navarro como Didier Mora son trabajadores directos de Bavaria...”*.

Para la Sala, la sola versión del testigo no es de la contundencia necesaria para arribar a ese convencimiento; ya que aquel señaló que ingresó dos meses antes que el accionante a prestar sus servicios, que solo en algunas oportunidades laboró con aquel en el mismo turno; que él -el testigo- siempre estaba como el team líder Didier Mora, aseverando aun así que dicha persona era quien le impartía las órdenes al demandante, y al preguntársele porque efectuaba tal manifestación señaló que era obvio que entienda que se desarrollaron tales funciones en igualdad de condiciones, ello porque ejercían el mismo cargo, o porque el direccionamiento que impartía el team líder Didier Mora, era replicado hacía los demás trabajadores; concluyendo que *“...es el mismo para todos como entramos allá, es el mismo, el mismo sueldo, la misma dotación, todo...”*.



No obstante, lo señalado no es suficiente para enervar la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en el presente asunto, y así tener a Bavaria S.A., como la verdadera empleadora del demandante, atendiendo lo siguiente:

No hay lugar a duda que entre Bavaria y la Agencia de Servicios Logísticos S.A. ASL S.A. se celebró el contrato de operación logística CT-2017-94 de 4 de julio de 2017, cuyo objeto fue *“...el servicio de operación logística de Productos y Empaques ... trasiego de botellas, reempaque de producto, aseo del CD, cargue y descargue manual de vehículos terrestres o marítimos, carpe y descarpe, revisión de envase o producto terminado, alistamiento de los productos para exportaciones, reparación de estibas, servicio dominical, remonte y desmonte de vehículos de distribución, apoyo en la generación de tornaguías y muestreo de envase...”*, para lo cual el operador logístico debía cumplir, entre otras condiciones logísticas; *“...b- “la EMPRESA suministrará al OPERADOR LOGISTICO diariamente los pedidos que debe alistarse en el CD. Con base en la información diaria entregada por la EMPRESA al OPERADOR LOGÍSTICO, este procederá a la separación y el alistamiento de pedidos que deberá entregar a cada Distribuidor. - ... g- el OPERADOR LOGISTICO deberá ubicar los productos y empaques dentro de CD sobre las estibas de madera debidamente identificadas...”*. Y como obligaciones del operador logístico, las establecidas en la cláusula cuarta, a saber: *4.1. Recibir en el CD o en la línea de embotellado, los Productos y Empaques, por parte de LA EMPRESA, en las cantidades, condiciones de tiempo y modo establecidos por LA EMPRESA y previamente notificados al OPERADOR LOGÍSTICO...”*; es decir que las labores fueron ejecutadas en el Centro de Distribución de Bavaria en Tocancipá, como se corrobora con la fotografías allegadas con la demanda; evidenciándose además que, se desarrolló la labor de producción de la empresa, como se colige del contrato de operación logística, lo que lleva a deducir que la labor de producción estaba relacionada con la actividad del actor como montacarguista, pues debía alimentar las líneas de producción y trasladar o mover la producción para la bodega.

También se establece, de la cláusula segunda del referido contrato, que la demandada se comprometió a entregar a título de comodato precario al operador logístico el inmueble donde opera el centro de distribución o despacho y otros elementos de trabajo, relacionados en la correspondiente acta de entrega -que no se allegó-. En la cláusula 3ª se dice: *“...LUGAR DE EJECUCIÓN: el servicio de operación logística será prestado en las instalaciones del CD de la empresa, ubicado en la dirección que se indica a continuación...Tocancipá Autopista Norte kilómetro 30 Tocancipá – Vía Tunja...;* en el párrafo primero de la cláusula 2da., se estableció *“...EL OPERADOR LOGISTICO reconoce y acepta*



*expresamente que será un simple tenedor del CD y demás elementos relacionados con el contrato de comodato precario y que la tenencia la tendrá única y exclusivamente para el cumplimiento de las obligaciones descritas en el presente contrato; en consecuencia, reconoce y acepta expresamente que carecerá de cualquier derecho valido para mantener la tenencia del CD y demás elementos entregados a título de comodato precario por LA EMPRESA que se requieran para la prestación del servicio, una vez la prestación del servicio se termine, por cualquier causa...”. En la cláusula 4.23, se obliga al operador logístico a permitir el ingreso de funcionarios del CD, gerentes de ventas, cajeros, facturadores, etc., aludiendo a trabajadores de Bavaria. Y en la cláusula vigésima, se determina que la restitución del CD se hará mediante entrega por parte del operador logístico a la empresa de los inmuebles, maquinaria, equipos de trabajo, repuestos, herramientas; situaciones que permiten inferir que la demandada no solo facilitaba el inmueble, sino otros equipos para el desarrollo de la labor del llamado operador logístico; e incluso era la fiadora en los contratos de arrendamiento de los montacargas —elemento de trabajo del accionante—; incluso dentro de sus instalaciones se tanqueaban los montacargas, situaciones que desdibujan la autonomía y libertad con la que debía actuar el operador logístico, y reafirman la intromisión o injerencia de la accionada en la ejecución de las labores del actor, circunstancias que impiden tener o catalogar a ASL SAS como un contratista independiente, en los términos del artículo 34 del CST, 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, lo que se advierte es que la contratación del demandante a través del operador logístico 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 de la norma sustantiva del trabajo, que prevén:

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

(…)

b) Los intermediarios».

«ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.



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

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

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

3. *El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo 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 u observan de manera patente en el presente caso, como la utilización de locales, equipos y herramientas de Bavaria S.A., suministro del combustible dentro de sus instalaciones, servicios estos que son para su beneficio y las actividades desarrolladas están en conexión con las labores ordinarias de dicha demandada.

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

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

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

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

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



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

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

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

Para esta Sala, la presunta libertad, especialidad y autonomía que supuestamente tenía el operador logístico ASL SAS, no quedó establecida, ni definida claramente en este proceso; ya que la injerencia de Bavaria S.A. en la estructura del operador logístico, como se analizó anteriormente, 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 además 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. 111 y ss); es más, también tiene centros de distribución “CD” ubicados en las ciudades donde ASL ofreció trasladar al trabajador cuando finalizó el vínculo en Tocancipá, como Pasto, Pereira, Popayán, Neiva, Cauca, Apartadó, Montería, entregados a título de comodato precario al operador logístico (fl. 116 PDF 01), contrario a lo considerado por el apelante.

Igualmente, obra el contrato de arrendamiento de montacargas y servicio completo de mantenimiento No. CTF15-000175 celebrado entre ASL y Distribuidora



Toyota (fls. 149 a 158 PDF 01), el cual refuerza que ASL no tenía equipos ni herramientas e, incluso, aparece Bavaria S.A. como «fiadora».

Por otra parte, se precisa que esta Sala también ha aclarado que si bien existen constancias de que el gestor 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, 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, que Bavaria SA., como empresa beneficiaria, es la verdadera empleadora del demandante, porque efectivamente se beneficiaba de su labor y, por ende, no podría hablarse de tercerización porque la empresa suministradora no tenía intervención sino en el pago de emolumentos laborales y suministro de dotación, pero 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 actor 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 que las empresas contraten con terceros la realización de algunas actividades especializadas, e incluso que, las mismas se ejecuten en las instalaciones de la contratante, pero tampoco se trata, como antes se dijo, de una potestad absoluta e ilimitada, y en el presente asunto se observa que la conducta de la demandada no encaja en esa hipótesis.

Por lo señalado, se confirmará la decisión de la jueza, como quiera que arribó a la misma conclusión.



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

En cuanto al otro aspecto de controversia, repara el apelante que la juzgadora hubiere aplicado al demandante la convención colectiva de trabajo celebrada entre la accionada y Sinaltraceba, que fue allegada en debida forma por la misma pasiva (PDF 15); considerando que aquella se equivoca ya que tal pedimento no aparece en la demanda, aunado a que el actor en el interrogatorio de parte señaló que únicamente se encontraba afiliado y era suplente de Sintracergal, sindicato diferente al que tiene celebrado el convenio colectivo; que además, fue la demandada la que allegó la convención por requerimiento del despacho, cuando quien *“...tenía la carga de la prueba de acreditar la existencia de la relación laboral (sic) con Sinaltraceba y contra Sintracergal, esto es una prueba sustancian actus que era una prueba en poder, o más que en poder era una obligación de la parte demandante haber presentado la prueba...”*

La juzgadora de instancia, condenó a Bavaria S.A. a pagar al demandante diferencias salariales y prestacionales reseñadas en los antecedentes de esta providencia, de conformidad con la convención colectiva suscrita por Sinaltraceba, con apoyo en que el demandante demostró estar afiliado al sindicato Sinaltraceba y ese organismo firmó la convención colectiva vigente desde el 1º de septiembre de 2017. Aplicó los beneficios desde el 22 de diciembre de 2017, data de afiliación del actor a la organización sindical, en la medida que tampoco se demostró que desde el inicio de la relación laboral se le pudiera dar alcance a lo estatuido en el artículo 471 del CST, es decir, que el sindicato agrupara a más de la tercera parte del total de trabajadores de la empresa, y hasta el 8 de julio del año 2018, data en la cual culminó el contrato de trabajo, condenando, como se dijo, a la diferencia salarial y prestacional, sobre la base que al trabajador se le pagaba un salario de \$1.200.000 y que, para ese momento del año 2017, de acuerdo con la convención colectiva suscrita por Sinaltraceba con Bavaria S.A., el salario ascendía a un jornal de \$88.601 diarios, que equivalía a \$2.658.030 mensual..

En el sub lite, la pretensión declarativa No. 12 de la demanda, dice *“...Se declare que a partir de la sentencia constitutiva del CONTRATO REALIDAD se desprende la calidad de trabajador que ostentó el ANDRES FERNANDO VANEGAS RODRIGUEZ, directamente con la empresa BAVARIA S.A., por lo cual es beneficiario de las prerrogativas legales y extralegales de un trabajador de planta...”*; y en el hecho 29 se relata que en diciembre de 2017 hizo parte de la constitución de la subdirectiva del Sindicato Nacional Sintracergal, fue nombrado como suplente de la junta directiva por ser un sindicato de industria, y



también se afilió al sindicato Sinaltraceba.

De lo anterior, se colige que al reclamar las prerrogativas extralegales en ese término se entendía quedaban cobijados los derechos pactados en la convención colectiva, sin que el hecho de que no se hiciera mención específicamente a ésta, impidiera a la jueza aplicarla y tenerla en cuenta como fuente de derechos. En consecuencia, no surge incongruente ni puede considerarse que se concedió una prestación no pedida, porque se falló de acuerdo con lo solicitado, máxime si se tiene en cuenta que en los hechos de la demanda se señala la afiliación a las organizaciones sindicales, lo que determina la calidad de beneficiario del acuerdo convencional, siendo dable entender que pretendía su aplicación.

Ahora la circunstancia que el demandante se encontrara afiliado a otro organismo sindical diferente al que celebró el convenio colectivo que se le aplicó, y fuera el único que refirió o aludió en el interrogatorio de parte, no lleva al entendimiento ni consecuencia que quiere imprimirle el recurrente, esto es que *“...entonces en esa medida no se le puede dar la validez...”*, *“...tendría casi que la condición de ineficaz...”*; considerando que se estaría abusando del derecho de asociación sindical; como quiera que legalmente está permitido que un trabajador se afilie a varios sindicatos; así lo señaló la CSJ en la sentencia SL415-2021, Rad. No. 70830 de 27 de enero de 2021, en la que expuso *“...en virtud justamente de las decisiones de declaratoria de inexequibilidad de los artículos 357 y 360 del Código Sustantivo del Trabajo, es factible que los trabajadores se afilien a varios sindicatos y, por ende, se pueda presentar legítimamente la multifiliación sindical. Ello, en la medida que en una misma empresa pueden coexistir varias organizaciones sindicales de base y de industria cada una con la capacidad de representar a sus afiliados (CSJ SL3491-2019, CSJ SL2873-2019 y CSJ SL1983-2020) ...”*.

En ese mismo pronunciamiento, se precisó también que tal circunstancia, esto es, que se encuentren afiliados a varias organizaciones sindicales, no significa que el trabajador pueda beneficiarse de todas las convenciones colectivas de trabajo que puedan existir, sino que debe escoger aquella que prefiera de acuerdo a sus intereses para que se le aplique íntegramente. Sobre ese aspecto, se señaló:

“...que lo anterior no implica que los trabajadores multifiliados a varias organizaciones sindicales puedan beneficiarse de todas las convenciones colectivas de trabajo o extraer de cada una de ellas una parte para construir un tercer estatuto convencional. Al respecto, la Corte ha señalado que, si bien los trabajadores pueden afiliarse a varios sindicatos,



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

tienen el deber de escoger de todas las convenciones vigentes, aquella que prefieran o que más interactúe con sus intereses, en cuyo caso esta les aplicará íntegramente (CSJ SL4865-2017, CSJ SL4458-2018 y CSJ SL1983-2020); en otros términos, no es posible la duplicidad de beneficios convencionales.

En síntesis, en nuestro ordenamiento el derecho a la libertad sindical implica: (i) la multifiliación sindical, que traduce la posibilidad que los trabajadores puedan estar vinculados a varias asociaciones sindicales de manera simultánea; (ii) la pluralidad sindical, esto es, que en una empresa pueden coexistir diferentes sindicatos, sin importar su naturaleza o clase; (iii) la autonomía de cada organización sindical para proponer y desarrollar la negociación colectiva sin que estén atadas a lo logrado por otros sindicatos, y (iv) la coexistencia de convenciones colectivas del trabajo cuya aplicación está mediada por la favorabilidad al trabajador, desde que se aplique en su integridad.

Igual, se sostuvo que dicha situación, no lleva por sí mismo a considerar que hay abuso del derecho, como lo da a entender el apoderado de la accionada, ya que al respecto se precisó:

“(...)debe destacarse que la jurisprudencia constitucional ha adoctrinado que la teoría del abuso del derecho supone que el titular de los derechos o facultades establecidos en el ordenamiento haga un uso de estos en forma contraria a sus fines, a su alcance y a la extensión permitida por el sistema jurídico, pues ello comporta un desbordamiento de los límites fijados en la Constitución o en la ley con independencia que ello conlleve un daño a terceros, pues «es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho mientras el daño le es meramente accidental» (SU- 631-2017); y en similar sentido lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SI1983-2020

Por tanto y para responder a los reparos de la censura, la Corte advierte que el simple ejercicio de las garantías mínimas de la libertad sindical contempladas como parte del bloque de constitucionalidad y relativas a la multifiliación sindical, la pluralidad de sindicatos y la autonomía para proponer conflictos colectivos del trabajo, lo cual implica en algunos casos el surgimiento de fuero circunstancial, no implica per se un abuso del derecho, por cuanto el ordenamiento jurídico es el que permite ejercer la libertad sindical en tales condiciones mínimas, de modo que no es posible aducir una extralimitación por el mero hecho de su ejercicio (CSJ SL1983-2020)...”

Bajo ese panorama, no es factible considerar, como erradamente lo hace el recurrente que se equivocó la juzgadora al aplicar la convención colectiva celebrada con la organización sindical Sinaltraceba, ya que quedó acreditada la afiliación del trabajador a dicho organismo, sin que sea óbice para ello el que el accionante hubiere señalado en el interrogatorio de parte que solo estaba afiliado a Sintracergal, ya que igualmente quedó demostrada su condición de beneficiario de Sinaltraceba, que fue la única convención que se allegó y que por tanto, se le aplica íntegramente,



incluso el mismo actor estuvo de acuerdo con ello, toda vez que no presentó reparo alguno en este aspecto.

Ahora, frente a la manifestación del apelante que *“...no existe prueba en el plenario que de verdad acredite que el demandante tenía derecho a recibir un salario superior al que le pagaba la ASL...”*, debe decirse que ello se constituye en un hecho nuevo, como quiera que no fue planteado en la contestación de la demanda, ni fue materia de controversia; obsérvese que en el libelo se hace alusión a que el cargo del actor era de “Montacarguista u Operario Autoelevador” (hecho 5.); en el interrogatorio de parte de la representante legal se le interrogó *“...¿Dígale al despacho si el cargo de montacarguista o (sic) operario autoelevador es permanente para la ejecución del objeto social de la empresa que Ud. representa?...”*, contestó *“...No, el objeto social de la empresa que represento que es Bavaria, es la producción de cerveza, entonces no es un cargo que esté dentro del corte del negocio, por eso es un cargo que se entiende se tiene tercerizado como un proceso completo a través de un operador logístico, que en el momento fue ASL, que ellos tienen a cargo toda la operación dentro de eso lo del transporte primario y el transporte secundario,...”*; infiriéndose que montacarguista u operario autoelevador es la misma denominación; sin que, se repite, la accionada hubiere efectuado manifestación alguna al respecto o planteado controversia sobre este tópico, que no puede ser tenido en cuenta en este estadio procesal, ya que ello iría en contra de los derechos de defensa, contradicción y doble instancia.

Por consiguiente, al haberse acreditado que en la convención colectiva el salario de Operario Auto elevador es superior al que devengaba el demandante; así como que éste era trabajador de Bavaria, ejecutaba dicho cargo y es beneficiario del convenio colectivo, hay lugar al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales por las que elevó condena la juzgadora, de instancia, debiendo confirmarse la decisión al respecto.

Finalmente, repara el apelante que no se hubiere declarado probada la excepción de “compensación” que formuló en la contestación de la demanda, toda vez que *“...debieron haber compensado las sumas de dinero que pagó la ASL, al momento de finalizar la relación laboral con el demandante...”*, sin embargo, no es factible accederse a tal pedimento, 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 pudiere ahora tenerse en cuenta para compensar lo que adeuda Bavaria; pues precisamente surgen condenas porque no se le pagó



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

al trabajador lo que legalmente le correspondía, de cara al acuerdo convencional; sin que pueda concebirse que hay lugar a compensar algún valor.

Así quedan resueltos los puntos de apelación, debiendo confirmarse la decisión de instancia en su integridad, al encontrarse ajustada a derecho.

Se condenará en costas a la demandada Bavaria S.A., dada la improsperidad de su recurso. Se fijan 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: Confirmar la sentencia apelada, acorde a lo considerado.

Segundo: Condenar en costas a la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales vigentes.

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