



Departamento Norte de Santander  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
Distrito Judicial de Cúcuta

**E D I C T O**

**LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,**

**H A C E S A B E R:**

Que el ocho (8) de mayo dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-003-2019-00106-01 P.T. No. 19.788

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE LUIS EDUARDO MÓJICA CALDERON.

DEMANDADO: BAVARIA S.A. Y OTRA.

FECHA PROVIDENCIA: OCHO (8) DE MAYO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad, la sentencia apelada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 06 de abril de 2022, por las razones expuestas en la anterior motivación. **SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia**, a la parte demandante, fijando como agencias en derecho, la suma de \$650.000 a cargo de LUIS EDUARDO MOJICA CALDERÓN y a favor de las demandadas. **TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy doce (12) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

**REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO**  
**SECRETARIO**

El presente edicto se desfija hoy dieciséis (16) de mayo de 2023, a las 6:00 p.m.

**REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO**  
**SECRETARIO**

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
Distrito Judicial de Cúcuta  
SALA LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2019-00106-01  
PARTIDA TRIBUNAL: 19.788  
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CUCUTA  
DEMANDANTE: LUIS EDUARDO MOJICA CALDERÓN  
ACCIONADO: BAVARIA S.A., SEDAN S.A., SEGUROS DEL ESTADO S.A.  
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO-TERCERIZACION  
TEMA: APELACIÓN.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO PONENTE**

San José de Cúcuta, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (N. de S.), procede a resolver el recurso de alzada contra la sentencia proferida el 06 de abril de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-03-003-2019-00106-01 y P.T. No. 19.788 promovido el señor LUIS EDUARDO MOJICA CALDERÓN a través de apoderado judicial contra BAVARIA S.A., SERDAN S.A. y la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO,

**I. ANTECEDENTES.**

La demandante a través de demanda ordinaria laboral de primera instancia, solicita que se declare de un contrato de trabajo con la demandada BAVARIA S.A. entre el 28 de marzo de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2017 en el cual, SERDAN S.A. actuó como intermediaria, en consecuencia, se condene al reintegro por despido injusto a un cargo igual o de superior categoría, al reajuste salarial y de las prestaciones sociales, al reajuste de las cotizaciones en seguridad social en pensión y riesgos laborales.

De manera subsidiaria solicitó el pago del 10% del salario mensual del cual se apropiaron las empresas SEDAN y que dejó de percibir por un valor de \$37.547.408; al pago de los derechos colectivos y convencionales, al pago de perjuicios morales en valor de 45 SMMLV, al uso de las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.

**II. HECHOS.**

El demandante alega que, suscribió contrato de trabajo de obra o labor determinada con la COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. SERDAN S.A. el día 28 de

marzo de 2000, con el fin de enviarlo en misión a la empresa usuaria BAVARIA S.A., en el cargo de PREVENTISTA para la empresa BAVARIA S.A.

Que firmó diferentes OTROSÍ con SEDAN los días 10 de abril del año 2.000 en donde establecen la naturaleza de contrato a término fijo de cuatro meses a partir de la fecha, prorrogado en *cuarenta y cinco* oportunidades. 01 de febrero de 2.005 donde se estipuló que el salario para la época quedaría en \$619.000 mensuales. El 01 de diciembre de 2.008 para el cargo de vendedor urbano, el día 01 de julio 2.011 el salario básico mensual a devengar de \$1.100.000. El 19 de julio de 2.011 un salario mensual de \$1.100.000 y un auxilio de transporte de \$86.000. El día 02 de septiembre de 2.011 para el cargo a de vendedor moto. El día 12 de diciembre de 2.011 y 25 de octubre de 2012, en donde le hacen entrega de una MALETA y un PORTA HAND HELD como herramientas de trabajo, elementos destinados para el cabal cumplimiento de sus funciones. El día 01 de octubre de 2.013 en donde se estipula que el cargo a desempeñar es el de vendedor colegios.

El 01 de julio de 2.014 la empresa SERDAN le informó a través de correo electrónico el incremento de su salario mensual el cual correspondió al 1.94% es decir \$1.167.164. Que la última prórroga y finalización del contrato anteriormente descrito fue el 08 de septiembre de 2.016 y el 09 de septiembre de 2.016 firmó un nuevo contrato a término fijo inferior a un año de 12 meses con la empresa demandada SERDAN, durante esa vinculación devengó un salario mensual de \$1.291.792 más comisiones, en el cargo a desempeñar por el demandante era de REPRESENTAN ft DE COLEGIOS. Que para la segunda quincena de agosto de 2.017 le informaron que su salario tendría un aumento de 5.75%.

Que el día 08 de septiembre de 2.016 la empresa demandada SERDAN le envía un oficio a la empresa BAVARIA informando sobre el nuevo colaborador LUIS MOJICA. Aseguró que desde el año 2.000 tenía una vinculación laboral con SERDAN y a su vez con BAVARIA lo presentan como un nuevo colaborador. Que firmó un nuevo contrato de trabajo por obra o labor determinada con la empresa SERDAN el día 09 de septiembre de 2.017, para el envío en misión del trabajador a la empresa BAVARIA S.A., devengando un salario mensual de \$1.291.792 más comisiones.

Que el día 09 de septiembre de 2.017 firmó un OTROSÍ con la demandada SERDAN en donde se establece que el salario mensual a debe \$1.366.069. Que el día 30 de noviembre de 2.017 SERDAN le entregó oficio de terminación de contrato aduciendo que la labor para la cual fue contratado. Que su labor siempre fue sin solución de continuidad y su último salario devengado era de un básico de \$1.366.069 mensuales, y desde el año 2.000 siempre desempeñó el mismo cargo de Representante de Colegios para la empresa BAVARIA S.A. que es un cargo propio habitual y de carácter permanente de la empresa usuaria, cumpliendo horario de trabajo de 07:00 a.m. hasta las 12:00 m y de 02:00 a 05:00 p.m. de lunes a sábado. Que en la empresa Bavaria S.A laboraban trabajadores que realizaban las mismas funciones, pero tenían el cargo de Desarrollador y devengaban mayor salario y desde el mes de marzo del año 2.000 él siempre tuvo las mismas condiciones laborales. Que las directrices asignadas eran impartidas por parte de Víctor Malpica, Mauricio Angarita, Jacqueline Correa, Carlos Lindarte, Pablo Cáceres, Jairo Cadena, Marcos Martínez y Maria Teresa Lara todos ellos trabajadores de planta de BAVARIA.

Que en la Convención Colectiva (2.001 — 2.002) firmado entre BAVARIA S.A y sus trabajadores en la cláusula 16 y 16 A se estipuló: "... Para los oficios de carácter permanente contemplados en la cláusula 59 de la Convención Colectiva, la empresa se obliga a no utilizar personal suministrado por empresas de servicios temporales..." en su cláusula 59 en los cargos administrativos en el grupo #3 el cargo de PROMOTOR DE VENTAS y VENDEDOR, con un salario mensual de \$1.136.034 para el año 2.001.

Que se firmó un Pacto Colectivo 2.002 — 2.004 entre la empresa BAVARIA S.A. y sus trabajadores no sindicalizados y su vigencia fue desde el día 01 de octubre de 2.002 hasta el 31 de diciembre de 2.004, en donde se estipuló en la cláusula 16 y 16 A se estipuló: "... Para los oficios de carácter permanente contemplados en la cláusula 58 del pacto colectivo, la empresa se obliga a no utilizar personal suministrado por empresas de servicios temporales..." y en su cláusula 58 el cargo de PROMOTOR DE VENTAS y VENDEDOR, con salario mensual asignado de \$1.235.437 para el año 2.002.

Que posteriormente se firmó un Pacto Colectivo 2.005 — 2.007 firmado con la empresa BAVARIA S.A. y sus trabajadores no sindicalizados y su vigencia fue desde el día 01 de enero de 2.005 hasta el 31 de diciembre de 2.007, modificando salarios de su cargo desempeñado. Luego se firmó otros donde estipulaban su cargo desempeñado y los salarios que debería devengar como trabajador de planta.

Que el día 30 de noviembre de 2.017 la empresa demandada SERDAN le informó que su contrato de trabajo se da por terminado. Que la relación laboral se dio sin solución de continuidad en el mismo cargo de representante de ventas entre el **28 de marzo de 2.000 hasta el 30 de noviembre de 2.017** con BAVARIA S.A. y la empresa SERDAN recibía un 10% de su salario pagado por BAVARIA por el envío en misión. Que para ser una empresa temporal legal SERDAN, tenían que inscribirse ante el Ministerio del Trabajo de Cúcuta, y en su periodo no tuvo autorización para operar como Empresa de servicios Temporales en la Ciudad de Cúcuta, como lo ordena el art. 72 de la ley 50 de 1990 y el art. 9 del decreto 4369 de 2006, *lo que la convierte en intermediaria oculta.*

### **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.**

**LA COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SERDAN S.A.** a través de su apoderado judicial contesto la demanda negando algunos hechos y oponiéndose a todas las pretensiones, alegando que, son una empresa debidamente constituida desde 1978, con trayectoria de aproximadamente 40 años en el país en la prestación de servicios tercerizados de Outsourcing y cuenta con sedes en las diferentes ciudades en el país, para sí garantizar mayor cobertura en la prestación de servicios a sus clientes.

Que SERDAN es una empresa prestadora de servicios tercerizados especializados que desarrolla la figura legal contemplada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, con autonomía técnica, administrativa y financiera, y *con* su propio personal a sus clientes, en este caso para cumplir obligaciones comerciales suscritas con la empresa cliente BAVARIA; por lo que es el empleador del demandante, y se benefició de sus labores directamente, no BAVARIA, rechazando que se le identifique como

tercerización, pues entre las empresas no ha existido un acuerdo para envío de personal en misión o suministro.

Expuso que el último vínculo laboral que unió al accionante finalizó por una causal legal y objetiva, establecida para la finalización de la obra o labor contratada (Art. 61 numeral 1 literal d del Código Sustantivo del Trabajo), NO mediando decisión unilateral por parte de mi procurada y frente al salario devengado por el accionante, el mismo ascendía a la suma de \$ 1.366,069, tal y como se evidencia en la liquidación de prestaciones sociales, reiterando que los vínculos laborales siempre fueron por plazo fijo pactado contrato de obra o labor.

Afirmó que SERDAN S.A., cumplió a cabalidad con sus obligaciones legales, contractuales, reglamentarias actuando siempre de buena fe, para con su ex trabajador, hoy demandante; así como también el pago de prestaciones, demás derechos laborales, toda vez que por parte de mi representada, le fueron liquidados y cancelados en la oportunidad de acuerdo al salario devengado por ésta durante el tiempo de vigencia del contrato laboral suscrito entre las partes,

Propuso como excepciones de fondo, la prescripción, la inexistencia de la relación alegada, la inexistencia de la relación laboral entre el actor y BAVARIA, la prestación del servicio con ésta empresa y no con BAVARIA, libertad de empresa, pago total de todas las obligaciones, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de prueba de los que se pretende, ausencia de solidaridad, la buena fe de la demandada y mala fe del demandante, compensación, improcedencia de la indemnización del despido sin justa causa, no afiliación al sindicato por parte del actor, y la genérica.

**BAVARIA S.A.** a través de su apoderado judicial manifestó no constarle los hechos y se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra, alegando que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que le endilguen de alguna manera responsabilidad, pues el actor nunca fue trabajador BAVARIA. Que el verdadero carácter de empleador lo fue la empresa COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. - SERDAN S.A., empresa responsable de todas las obligaciones emanadas del contrato de trabajo del demandante.

Que los contratos que celebró BAVARIA S.A. con la empresa COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. - SERDAN S.A, sólo la obligan para con esta, y nada tiene que ver frente a los contratos y acuerdos que dicha empresa haya suscrito con los trabajadores que eventualmente haya vinculado para el desarrollo del objeto contractual, razón por la que, asegura que BAVARIA es ajena y está exenta de cualquier tipo de responsabilidad laboral para con el demandante, pues nunca participó de manera directa ni indirecta en las situaciones de la relación contractual que aduce en el libelo demandatorio el actor en el tiempo que fue trabajador de SERDAN S.A.

Arguye que BAVARIA obró conforme lo establece el ordenamiento legal, respetando las reglas para celebrar contratos con Empresas de servicios tercerizados de Outsourcing que desarrollan la figura legal del 'contratista independiente' consagrada en el artículo 34 del CST, teniendo en cuenta que las actividades contratadas con la COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. - SERDAN S.A, no hacen parte del giro ordinario de los negocios y no son las actividades normales que desarrolla BAVARIA S.A.

Propuso como excepciones de fondo, la prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación solidaria de BAVARIA.

**EI LLAMADO EN GARANTÍA SEGUROS EL ESTADO S.A.** manifestó que, coadyuva a la manifestación realizada por BAVARIA, oponiéndose a todas las pretensiones incoadas porque no existió relación laboral entre la demandante y la sociedad BAVARIA S.A.-, que pueda demandar algún tipo de derecho o prestación laboral de éste para con aquella. Que la compañía de servicios y administración - SERDAN S.A.- suscribió póliza de cumplimiento particular No. 14-45-101039467, en virtud del cual se *garantiza la prestación de los servicios de desarrollo y ejecución del punto de venta, activaciones auditoría Ito, e información relativa al mercado*, de lo cual se establecieron los siguientes amparos, así: \*cumplimiento; \*\*calidad del servicios y \*\*\*salarios y prestaciones sociales, como consecuencia del *incumplimiento por parte de las obligaciones a que está obligado EL CONTRATISTA*".

Que la PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 14-45-101039467, cuya eventual cobertura podría ser afectada, corresponde a la de AMPARO PARA EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES, la cual cubre exclusivamente el ***incumplimiento por parte de las obligaciones laborales a que está obligado EL CONTRATISTA*** y en este asunto BAVARIA no fue el verdadero empleador del demandante, razón por la cual, las pretensiones no se encuadran en el amparo básico de pago de salarios y prestaciones sociales, a las que el cliente se comprometió como aseguradora.

Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de cualquier obligación por cumplimiento cabal de la garantizada compañía de servicios y administración - SERDAN S.A.- o por ausencia de prueba de tal incumplimiento, ausencia de cobertura para el evento reclamado en la demanda, ausencia de cobertura frente a indemnizaciones de carácter laboral colectivo y extralegal, ausencia de cobertura de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento no. 14-40-101019448, para el evento reclamado. excepción de ausencia de cobertura por no haber estado vigente la póliza de cumplimiento, cuando presuntamente se presentó la relación laboral. excepción de limitación del valor asegurado por las condiciones fijadas en la póliza no. 21-45-101151182 & 21-40-101069252. inexistencia de solidaridad entre el contratista (BAVARIA S.A.-) e compañía de servicios y administración - SERDAN S.A.-. la prescripción y la innominada.

#### **IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

EI JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA en sentencia de fecha 06 de abril de 2022, **Declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada, en consecuencia, **ABSOLVIÓ** a BAVARIA S.A. y SERDAN S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante y lo condenó a en costas procesales. **ADICIONÓ** de manera oficiosa en el sentido de **ABSOLVER** a la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

**La Juez A quo determinó** después de valorar las pruebas documentales y las declaraciones rendidas que, el demandante se vinculó a la empresa SERDAN S.A.

desde el 28 de marzo de 2000 mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada, luego mediante contrato a término fijo desde abril de 2000 que se prorrogó en varias oportunidades hasta el 8 de septiembre de 2016, en el cargo de vendedor en colegio e impulsor de ventas y mercadeo de productos de BAVARIA S.A., luego mediante requerimiento personal No.209020 realizado por SERDAN a BAVARIA para preventista mediante un contrato con vigencia del 9 de septiembre de 2016 al 8 septiembre de 2017 el actor suscribió contrato de trabajo a término fijo con SERDAN y por último mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada hasta el 30 de noviembre de 2017.

Respecto a la intermediación laboral, concluyó que la vinculación del actor se derivó de los contratos suscritos entre las empresas SERDAN S.A. y BAVARIA S.A., y conforme al objeto social de cada una de ellas, se surtió bajo la figura de la tercerización laboral.

Trajo a colación la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL-4479 de 2020, arguyendo que las empresas demandadas dieron aplicación a lo normado en el art. 34 del CST, esto es, están legitimadas para contratar la prestación de los servicios que corresponden a las actividades propias del objeto social de la beneficiaria sin que de ello derive, la existencia de un contrato de trabajo basado en el principio de la realidad con los trabajadores que prestan su fuerza de trabajo para el desarrollo de estos contratos.

Explicó que no hubo desviación o rompimiento en los límites de la tercerización laboral por parte del contratista independiente, por cuanto en este asunto, se demostró que SERDAN S.A. ejecutó el trabajo a favor de BAVARIA S.A. con sus propios medios de producción, asumiendo sus propios riesgos, con estructura propia y un aparato productivo especializado y ejerció un poder de subordinación frente al trabajador demandante, debido a que hacía uso de las facultades disciplinarias que le competían como empleador y además era quien determinaba las condiciones del servicio en cuanto a cargos, horarios, lugares de trabajo, conforme los puntos de venta establecidos por el contratante.

Además, sostuvo que el contrato de prestación de servicios suscrito entre SERDAN S.A. y BAVARIA S.A., funcionaba en la realidad, pues se constata que para el ejercicio de la potestad disciplinaria BAVARIA S.A., diligenciaba los reportes de inconsistencias en el estado de servicio, el Jefe de Operaciones citaba al trabajador a descargos y estos eran realizados por el Analista de Administración de Personal o Coordinador de Recursos Humanos, personal que hace parte de la estructura administrativa de SERDAN S.A.

Indicó que, que SERDAN S.A. ejecutaba el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal, ya que, conforme a los requerimientos de personal que realizaba BAVARIA S.A., era quien se encargaba de reclutar a los candidatos que cumplieran el perfil, presentarlos para su elección, practicar los exámenes médicos de ingreso, contratarlos y afiliarlos al Sistema de Seguridad Social Integral; así mismo, se hacía responsable de su salud y protección.

Respecto a la pretensión de dársele aplicación a las convenciones colectivas de trabajo y los pactos colectivos vigentes para la empresa BAVARIA S.A., revisó las pruebas documentales y determinó que contenían limitaciones en la contratación con terceros, de acuerdo con los condicionamientos señalados, lo cual, serían inaplicables a las actividades desarrolladas por el demandante, además, en la cláusula 63 inciso 2º, no

está contemplado el cargo de representante de venta en todo caso, no aplica para los procesos que actualmente son realizados por terceros y en este asunto, las partes SERDAN Y BAVARIA mantuvieron vigente desde al año 2000 la contratación, por lo que, estaría excluido; la tercera razón, porque las normas convencionales hacen referencia a la contratación de personal a través de EST y no con los contratistas independientes, aplicándose en este asunto, lo normado en el art. 34 del CST.

## **V. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN.**

**La apoderada judicial del demandante**, inconforme con la decisión, consideró que, SERDAN aceptó mediante un derecho petición, los extremos laborales con el demandante desde el 28 marzo de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2017 sin solución de continuidad, además, la empresa aduce que dio por terminada la obra, dos meses después justamente cuando el actor había suscrito el último contrato de trabajo de labor contratada, a pesar de que llevaba 17 años mediante contrato a término fijo.

Arguye que la Juez A quo no hizo alusión a la **igualdad de los cargos**, resaltando que en el proceso se demostró con el documento “*Presentación representantes denominado: Modulo 2 ESTRATEGIA BAVARIA CLARA DEFINICIÓN DE ROLES Y RESPONSABILIDADES POR CARGO*”, que habían trabajadores contratados de planta que vendían productos de BAVARIA S.A., en el cargo de **desarrolladores**, que hacían las mismas funciones que el denominado representante de ventas contratado a través de la empresa SERDAN S.A. como era el caso del actor.

Sostuvo que las declaraciones rendidas fueron claras al manifestar que ambos cargos realizaban las mismas funciones de comercialización y venta de productos de BAVARIA, sin distinción de los clientes; además que, en los pactos colectivos suscritos entre los trabajadores de BAVARIA SA., quedó establecido que los desarrolladores devengaban un salario mensual de \$2.230.720 para el año 2017 y el demandante ejerciendo las mismas funciones de dicho cargo pero con otro nombre, solo devengaba mensualmente para el año 2017 la suma de \$1.366.069, razón por la que, consideró que tenía derecho al reajuste salarial junto con el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y derechos convencionales.

Trajo a colación lo señalado en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ de radicado No. 35428 del 28 de julio de 2009, para argumentar que al trabajador le basta con acreditar la diferencia salarial e identidad del cargo desempeñado y es al demandado a quien le corresponde demostrar los **factores objetivos** para fundamentar dichas diferencias, elementos que no se encuentran demostrados, respecto de los cuales, insistió, cumplieron las mismas funciones que hacían parte del objeto social de BAVARIA S.A., atendieron los mismos clientes, recibieron iguales capacitaciones a través de los supervisores de ventas de dicha empresa, recibieron directrices de los supervisores de venta que eran trabajadores de planta de BAVARIA S.A., rutas, herramientas de trabajo, dieron permiso, establecieron rutas, clientes, zonas a visitar, conforme afirmaron los testigos.

Aseguró que no existía por parte de SERDAN S.A., autonomía alguna para la elección de la dotación dada a los supuestos trabajadores, a pesar de que los hechos 13, 14, 15 y 16 fueron aceptados con la demanda, después estos mismos hechos fueron negados.

Señaló, que no se tuvo en cuenta que BAVARIA S.A., tuvo pleno conocimiento de la vinculación del actor y debía entonces aplicarse la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en la medida que el beneficiario de sus labores fue dicha empresa, por lo que debió imponerse la primacía de la realidad.

Infirió que, en los pactos y convenciones colectivas, se establecieron que los oficios permanentes en los cargos administrativos grupo 3 como los desarrolladores, debían ser contratados de carácter permanente y de forma directa por BAVARIA S.A., con el objeto social de comercialización y venta de los productos, siendo así, la única responsable y empleador del demandante es la empresa usuaria BAVARIA S.A.

Consideró que, se demostró durante el proceso, que la empresa SERDAN S.A. conforme a su objeto social, realizó una tercerización laboral ilegal, 1º, porque se demostró con las pruebas obrantes y declaraciones rendidas, que los desarrolladores de mercado y representantes de venta realizaban las mismas labores, 2º, que la empresa SERDAN no tenía autonomía porque dependía de las estrategias de productividad impuestas por BAVARIA S.A., 3º, se demostró que quien impartía órdenes de modo, tiempo y lugar al demandante, eran los supervisores de ventas que trabajaban de planta para BAVARIA; 4º, en ningún momento del fallo, se hizo alusión a la igualdad de cargos y salarios; 5º, de acuerdo con los contratos suscritos entre el usuario y la contratista, solo representan formalidades legales que en la realidad constituye una tercerización ilegal que escatiman los derechos del demandante.

Expuso que no se tuvo en cuenta respecto a las cesantías, que el actor mantuvo la vinculación laboral vigente durante 17 años sin solución de continuidad y el pago previo de cesantías, se tornan ilegales según lo prevé la CSJ en sentencias de radicados 2169/2019 y 5674/2019.

En consecuencia, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, dando aplicación a las convenciones y pactos colectivos, como al pago de las diferencias salariales y prestacionales reclamadas y derechos laborales deprecadas en la demanda.

## **VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**El apoderado judicial de BAVARIA S.A.,** solicitó confirmar en su totalidad la decisión, de primera instancia, en la cual, se logró demostrar la inexistencia de un vínculo de carácter laboral de la empresa con el demandante, que el referido cargo de “**DESARROLLADOR DE VENTAS**”, insistentemente aludido dentro del proceso por la activa, **no existe al interior de BAVARIA S.A.**, siendo este uno de los múltiples motivos por los cuales se hace patente la falta de sustento de las pretensiones del actor.

Aseguró que, la parte activa insiste que la COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. -SERDAN S.A.-, fungió como Empresa de Servicios Temporales para el envío de trabajadores en misión a BAVARIA S.A., planteamientos

que asegura, carecen plenamente de cualquier sustento probatorio, pues al verificar el Certificado de Existencia y Representación Legal de dicha compañía, el cual fue aportado por la misma parte demandante como anexo de su demanda, se obtiene que, dentro de las actividades económicas de esta compañía no se encuentra la colocación de personal en misión y, por supuesto, no cuentan con la venia de las autoridades competentes para desarrollar tal labor, por el simple hecho que dicha función no corresponde a las que efectivamente desarrolla la compañía en mención.

Insistió que el demandante nunca tuvo relación laboral con BAVARIA, y las funciones desempeñadas a través de personal en misión suministrado por Empresas de Servicios Temporales, lo cual como también se aclaró previamente y se demostró en el curso del proceso, no se ajusta a lo ocurrido en la relación laboral que sostuvo el demandante con su empleadora, SERDAN S.A., pues I) Esta no ostenta la calidad de E.S.T.; II) Al no ser E.S.T., tiene vedado el ejercer la colocación de personal en misión; III) Los contratos de Prestación de Servicios celebrados entre SERDAN S.A., empleadora del demandante, y mi representada, no tuvieron por objeto el envío de trabajadores en misión. Corolario de lo anterior, no hay lugar a dar aplicación a los pactos y/o convenciones colectivas citadas por la parte demandante.

Que el cargo denominado “DESARROLLADOR DE VENTAS” no existe al interior de BAVARIA S.A., y dicho cargo a que se refieren algunos apartes de la C.C.T. traídas a colación por el demandante, tiene un carácter administrativo, cuyas funciones en nada se asemejan a las de venta de productos contratadas por BAVARIA a SERDAN S.A.

*Afirma que BAVARIA S.A. jamás impartió ningún tipo de ordenes al personal empleado por SERDAN S.A. para el cumplimiento de los Contratos de Prestación de Servicios celebrados, existiendo plena claridad del hecho que, la coordinación de las labores propias del contrato era realizada de manera directa entre mi representada y su contratista, SERDAN S.A., quien mediante un cargo propio de su compañía y denominado ‘Jefe de Operaciones’, desempeñaba todas las actividades exclusivas de quien ostenta la calidad de empleador/a.*

Concluido el término para alegar, se procede a resolver el asunto, conforme a las siguientes,

## VII. CONSIDERACIONES

**Competencia.** La Sala asume la competencia para resolver el recurso de alzada interpuesto por la apoderada judicial del demandante según lo previsto en el Art. 69 A del CPT y SS adicionado por el art. 35 de la Ley 712 de 2001.

**Problema Jurídico.** De conformidad con los argumentos de los recursos y lo resuelto por el Juez A quo, el conflicto se reduce a: verificar si entre el demandante LUIS EDUARDO MOJICA CALDERON y la empresa BAVARIA S.A. existió un contrato de trabajo en aplicación a la primacía de la realidad ante la presunta tercerización ilegal de la empresa SERDAN S.A., entre el periodo comprendido del 28 de marzo de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2017; en dado caso de ser favorable a las resultados del demandante, determinar si tiene derecho a las pretensiones incoadas en la demanda,

esto es, al reajuste salarial, prestacional, beneficios convencionales e indemnizaciones y si SERDAN S.A. es responsable solidariamente por las presuntas condenas junto con el llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Se hace imperioso recalcar, que a la demandante le basta con probar en curso de la Litis, la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador (a), a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiada el operario, ello no significa que la demandante quede relevada de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al (la) trabajador (a) la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también a la promotora del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Aunado a ello, el artículo 167 del Código General del Proceso, dispone: «*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*», principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien debe probarla; al compás de ello, los juzgadores de instancia tienen la facultad para formarse libremente su convencimiento, de conformidad con el principio de la libre valoración probatoria consagrado en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en concordancia con el art. 60, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes, sin someterse a una tarifa legal para la valoración de las pruebas.

Lo anterior conlleva, que el recurrente debe soportar una carga demostrativa tendiente a desvirtuar las presuntas equivocaciones en la decisión, actuación acompañada de fundamentos sólidos, jurídicos, fácticos y diáfananamente razonables, que acrediten la validez de sus argumentos, siguiendo las reglas propias de cada juicio y garantizando los principios de lealtad procesal, contradicción, defensa, debido proceso, entre otros.

Con base en lo expuesto, se itera que, a efectos de los arts. 23 y 24 del CST la **existencia cierta de una relación de trabajo** se produce por la **prueba certera** de los elementos que le dan origen conforme el primero de los citados artículos, o por la presunción consagrada en el segundo, tras la **acreditación concreta del servicio personal de una persona**. La demostración de ese servicio personal está a cargo de quien pretende beneficiarse con la presunción antedicha, de modo que **es su deber probar que efectivamente se produjo la actividad a favor del demandado**, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia y que en forma reiterada esta Sala lo ha recalcado (SL102-2020; SL4500-2019; SL1155-2019; SL2608-2019; SL2608-2019; CSJ SL1163-2018; SL5453-2018; SL1378-2018; entre otras). Luego entonces, de no existir un mínimo de prueba que lleve al convencimiento del Juez a determinar el elemento de prestación del servicio, no será dable declarar la presunción prevista a favor de los demandantes.

Conviene igualmente recordar, que el principio de **la primacía de la realidad**, permite darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica más que a las formas, a fin de determinar el pleno convencimiento del Juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural, constituyendo el carácter protector que orientan las normas laborales, y que otorga a quien alega su condición de trabajador, una ventaja probatoria, consistente en la demostración por cualquier medio, de la simple prestación del servicio o actividad personal.

Así mismo, se trae a colación el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, estipula *“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las 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. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”*.

Conforme lo anterior, las personas naturales o jurídicas que se consideran contratistas independientes son aquellas a las cuales otra persona natural o jurídica, que se denomina beneficiario o dueño de la obra, les encarga la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, para que lo haga con plena autonomía técnica, administrativa y directiva, y como contraprestación reciba un valor determinado.

Ahora, dicha institución se fundamenta en el fenómeno de la descentralización o externalización de actividades, pues se trata de una empresa que decide no ejecutar de forma directa una o varias actividades de su proceso productivo, para en su lugar preferir desplazarlas a otra u otras empresas (CSJ SL4479-2020).

Ahora bien, se rememora que *“el contratista independiente es una persona natural o jurídica, que mediante un contrato civil o mercantil se compromete a cambio de determinada remuneración o precio, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de la persona natural o jurídica con quien contrate. El contratista asume los riesgos propios de la función a su cargo, debe ejecutarla con sus propios medios y goza de libertad y autonomía técnica y directiva. Para poder cumplir su obligación requiere contratar trabajadores, cuya fuerza de trabajo ha de encauzar y dirigir en desarrollo de*

*su poder de subordinación, pues se trata de un verdadero empleador y no de un mero representante o intermediario respecto del contratante o beneficiario de la obra o del servicio. Su obligación no consiste en el suministro de personal, sino en lograr, por su cuenta y riesgo y a cambio de un precio, el objeto contractualmente definido con el dueño de la obra. [...]*” (CSJ SL, 24 de abril de 1997, rad. 9435).

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral señaló respecto a la figura de tercerización laboral en sentencia SL4479/2020 lo siguiente:

“[...] En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible [...]

[...] para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener "estructura propia y un aparato productivo especializado", es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación [...]

Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas [...]

Así las cosas, a menos que se evidencie la intención de utilizar indebidamente estas facultades legales para defraudar a los trabajadores, la facultad legal de descentralizar actividades resulta totalmente válida.

### **Caso en concreto.**

En este orden de ideas, se analizarán las pruebas aportadas en el plenario, las cuales se resumen en:

-El certificado de existencia y representación legal de BAVARIA S.A., cuyo objeto social es “Fabricación de cervezas, producción y transformación de bebidas alimenticias, fermentadas o destiladas (...) refrescos, refajos, jugos, aguas lisas, aguas carbonatadas y aguas saborizadas; adquisición, enajenación, comercialización, distribución, exportación, almacenamiento y expendio de productos propios y también los de otros fabricantes relacionados”, entre otros similares.

-Contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada, celebrado entre SERDAN S.A. y LUIS EDUARDO MOJICA CALDERON, para la labor de PREVENTISTA con salario básico de \$598.056 a partir del 28 de marzo de 2000, con “*El objeto de la obra o*

*labor contratada será la prestación de servicios requeridas por el usuario de conformidad con el artículo 77 numeral 3º de la Ley 50 de 1990, el trabajador desarrollará la labor de preventista para Bavaria S.A.”* (fol. 505-506 PDF 001), luego mediante OTROSÍ se convirtió en contrato a término fijo inferior a un año a partir de 9 de mayo de 2000 (fl.507 PDF 001), que se prorrogó hasta que el 05 de julio de 2016 la empresa SERDAN S.A. le comunicó al demandante, que el 08 de septiembre de 2016 se daba por terminado por vencimiento de términos, luego, se aportó la liquidación de la respectiva vinculación, por el periodo laborado desde el 28 de marzo de 2000 hasta el 08 de septiembre de 2016, en el que se mencionó que el actor ocupaba el cargo de vendedor de colegio, como impulsor de ventas y mercadeo de BAVARIA S.A. (fls. 585-587 PDF001). A folio 588 del PDF 001, se encuentra el requerimiento de personal N.º 209020 realizado por SERDAN S.A. para BAVARIA S.A., para ocupar el cargo de preventista para un contrato con vigencia del 09 de septiembre de 2016 al 08 de septiembre de 2017. Luego, el contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes, por 12 meses desde el 09 de septiembre de 2016 hasta el 8 de septiembre de 2017, labor desempeñada: REPRESENTANTE COLEGIOS (fls.589-589 PDF 001) y el 27 de julio de 2017 SERDAN comunicó al demandante, que no se prorrogaría sino hasta el 8 de septiembre de 2017 con la respectiva liquidación (fl. 609-610 PDF 001); Para el 09 de septiembre de 2017, el demandante y la empresa SERDAN S.A., suscribieron un nuevo contrato de trabajo **por la obra o labor contratada** para que este prestara sus servicios como representante de colegios como impulsor de ventas de BAVARIA S.A. (fol. 612-613 PDF 001). Y a folio 624 del PDF 001, se aportó un correo electrónico, donde SERDAN le informa al demandante terminación del contrato de la obra para el día 30 de noviembre de 2017.

-Documento llamado “Oferta Mercantil para la prestación de servicios de apoyo logístico para la operación de un centro de atención de llamada OSS-007/09”, enviada por SERDAN S.A., a BAVARIA S.A. (fls.678-688 PDF 001).

-Contratos de prestación de servicios No. F12-00371, entre SERDAN Y BAVARIA S.A., por 3 años desde julio de 2011 hasta julio de 2015 (PDF 001-fls.689-699), el No. F17-000386 suscrito el 05 de septiembre de 2016 (fls.719-732 PDF 001).

-Se allegaron, certificados laborales, planillas de aporte al sistema general de seguridad social, comprobantes de pago, liquidaciones de contrato, asuntos disciplinarios y otrosí relacionados con entrega de tarjeta Debit Card, teléfono celular y Tablet., reglamento interno de trabajo de SERDAN S.A. (carpeta CD. EXPEDIENTE).

-Pacto Colectivo suscrito entre los trabajadores no sindicalizados de BAVARIA vigente entre el 2013-2015, 2015-2017, 2017-2019 (PDF 33, 34.2, 34.3). RIT de BAVARIA S.A. (PDF 33.1),

De las declaraciones rendidas, el señor **James Humberto Osorio** representante legal de SERDAN S.A., manifestó que las funciones del vendedor, es de visitar puntos de venta, realizar el desarrollo de esos puntos, mostrar la publicidad de la empresa cliente, organizarle los productos para el consumidor final. Que SERDAN S.A., tiene un contrato comercial con BAVARIA S.A. para vender sus productos. Que si bien es cierto las Tablet pertenecen a BAVARIA S.A., éstas fueron entregados en comodato. Que las rutas de ventas eran asignadas por el jefe de operación de cada zona y se las enviaba al representante de venta. Que los clientes y puntos de venta eran de BAVARIA S.A., que

la jefe de operación del demandante era NORMA VIRGINIA ESPINOZA, la encargada de dispersar a los trabajadores hacia los puntos de clientes a través de unas reuniones. Que en algunas ocasiones la empresa SERDAN capacitaba a los representantes de ventas, pero no siempre. Que el outsourcing consistía en la venta especializada de productos que eran fabricados por BAVARIA. Que el demandante ostentó 3 contratos. Que para ejercer el representante de venta no se exige capacitación alguna, solo que cumpla con el perfil.

**interrogatorio parte de Vanessa Pérez representante legal de BAVARIA s.a.,**

manifestó que, durante el tiempo de la vinculación del actor en la compañía existió un cargo llamado Desarrollador de Mercado, pero era totalmente diferentes las funciones ejercidas por los representantes de ventas, porque los primeros se encargaban de los puntos de ventas de alto impacto, discotecas, supermercados mayoristas, de amplias superficies, cliente que compran de alto volumen y acordaban los términos de la negociación con los clientes de la compañía para la venta de esos productos, pero no comercializaban; que eran trabajadores directos de la compañía; acordaban términos del contrato; aclaró que BAVARIA no otorgaba elementos de trabajo a los trabajadores de SERDAN porque los mismo estaba en un contrato de comodato para la correcta prestación del servicio entre las sociedades. Que en los pactos y convenciones colectivas existe un cargo que se llama DESARROLLADOR pero que es diferente al desarrollador de mercado, porque el primero es administrativo, es de oficina y se encarga de asuntos fuera del litigio de este proceso, el segundo de ventas.

El demandante LUIS EDUARDO MOJICA CALDERON absolvió el interrogatorio manifestando aceptando que, firmó contrato con SERDAN desde marzo de 2000, que nunca suscribió con BAVARIA, que SERDAN pagó salarios y prestaciones sociales y nunca presentó quejas o solicitudes al respecto; que una vez tuvo un llamado de atención por parte de SERDAN por llegar tarde y quien realizó el trámite del mismo fue la Doctora Norma, la jefe de operaciones y quien era su jefe y trabajaba para SERDAN, también era quien le realizaba la entrega de dotación, aunque explicó que a veces ella les dejaba dotación con los supervisores Jacqueline o Mauricio.

El señor Víctor Eduardo Quintero Gómez bajo la gravedad de juramento señaló que prestó sus servicios SERDAN S.A., por un lapso de 17 años y hasta el 2017. Indicó que el demandante y él, ocupaban el cargo de representantes de ventas, tenían unas rutas asignadas para visitar a los clientes de BAVARIA S.A. y procurar que estos compraran los productos para cumplir las metas establecidas. Que el actor atendía colegios y tiendas aledañas, que estaban contratados por SERDAN un outsourcing, pero trabajaban para BAVARIA. Que en la empresa usuaria existía un cargo que desarrollaba funciones de ventas llamado desarrolladores de ventas, y manejaban volumen alto de ventas quienes recibían a los clientes cuando éstos aumentaban la compra de los productos. Que BAVARIA S.A. entregaba el listado de clientes al demandante, las rutas, a través del supervisor de ventas mediante una reunión al inicio de la jornada. Que los uniformes eran entregados por SERDAN S.A. pero venían con logo de BAVARIA. Que, para los permisos, se les avisaba al Supervisor de Ventas de BAVARIA S.A. y la jefe de Operaciones de SERDAN S.A. en esa época la señora NORMA que también se encargaba de la entrega de dotación y salía con los representantes de ventas a la ruta para verificar como era el terreno. Indicó que el pago de los salarios era realizado por SERDAN S.A., que fue esta la empresa que los contrató.

Mario Adrián Güecha Gómez, aceptó que tuvo un vínculo laboral con SERDAN S.A., prestando sus servicios a BAVARIA S.A., que laboraba como representante de ventas o vendedor durante 9 años. Que tenían un grupo de 25 a 30 personas y se realizaban reuniones con los supervisores, en las cuales se hacía la planificación de las actividades de cada día, se trataban casos pendientes en cuanto a negociaciones o inconvenientes. Aseguró que el cargo de representantes de ventas, ejercido por el demandante, éste cumplía la función de visitar clientes del rutero diario, tomar los pedidos, realizar las exhibiciones de los productos, fijar publicidad, verificar el estado de los productos y marcar cambios. Igualmente, hacer las negociaciones para hacer los pedidos. Dice que su empleador era SERDAN S.A. pero prestando servicios para BAVARIA S.A. porque siempre se identificaban como trabajadores de BAVARIA S.A. en los lugares donde hacían negocios; también señaló que en la empresa BAVARIA S.A., existe el cargo de desarrolladores de mercado que se ocupan de realizar las ventas, y que, prácticamente desempeñan la misma función que los representantes de ventas, únicamente que manejaban un mayor volumen de ventas.

Que los uniformes tenían el logo de BAVARIA, pero eran entregados por SERDAN S.A., y como herramientas de trabajo utilizaban publicidad, una Tablet a través de las cuales realizaban los pedidos y un catálogo de productos que se les daba por parte de la empresa BAVARIA S.A. Precisó que la señora NORMA VIRGILIA ESPINOSA, era trabajadora de SERDAN S.A., y entregaba la dotación de uniformes y las herramientas de trabajo con un acta de entrega, también las planillas de pago o nómina. Que recibían comisiones por cumplimiento de ventas con cada una de las marcas y los supervisores hacían seguimiento diario.

La señora Magda Arias Pérez, señaló que laboró para la empresa SERDAN S.A. como representante de ventas desde el año 2005 hasta el año 2017, y que en ese cargo le correspondía realizar pedidos, atender clientes, hacer exhibiciones, manejar el portafolio de BAVARIA S.A., desarrollar puntos de venta. Aseguró que el actor ejercía y cargo en BAVARIA S.A. y SERDAN S.A., y que recibían capacitaciones. Afirmó que desempeñaban las mismas funciones del cargo de desarrollador de ventas de BAVARIA S.A., pero que estos recibían un salario superior. Que su jefe era la señora Norma Espinosa. Explicó que el jefe Carlos estaba pendiente de que cumpliera las funciones y él le pasaba la información a la señora Norma, por ejemplo, sobre visitas no realizadas. Que los permisos debían ser informados a señora Norma. Que las listas y rutas de los clientes eran establecidas por BAVARIA S.A., que la entrega de uniformes la realizaba el jefe Carlos o Norma Espinosa, quienes les hacía firmar una planilla para SERDAN S.A. que la señora Norma Espinosa, tenía una oficina en BAVARIA S.A., que era trabajadora de SERDAN S.A., que ahí se presentaban los trabajadores cuando eran requeridos por ella y avisados por el jefe Carlos Ortega, explicó que eran llamados para atender algún asunto de SERDAN S.A. o si se había presentado alguna queja.

La señora Annie Zuleima Misse Londoño, señaló que es contadora, supervisora de ventas COOPS comercial S.A.S, que laboró en BAVARIA S.A., desde el 01 de abril de 2011 hasta el año 2020, fecha en la que se realizó la cesión de su contrato. Indicó que conoció al demandante porque trabajaba para la Empresa SERDAN S.A., recuerda que hacía parte de la fuerza de ventas y porque muchas veces hablaba con la jefe de Operaciones de SERDAN S.A., y lo veía en las reuniones que les hacían. Que

exactamente no sabe el nombre del cargo pero que era relacionado con ventas, visitando clientes y se “imagina” que tomar pedidos. Asegura que BAVARIA contrataba el personal de ventas a través de la empresa SERDAN S.A, que para el periodo en que el demandante trabajó con SERDAN, ella trabajaba en BAVARIA S.A. era analista de ventas (SECRETARIA), que dentro de sus funciones le correspondía realizar la entrega de incentivos y dotaciones al personal de BAVARIA S.A., específicamente, a los supervisores de ventas y desarrolladores de mercado, atención telefónica, atender requerimientos de la gerencia y cuestiones administrativas. Explicó que al personal de SERDAN S.A., la entrega de dotación de uniformes se realizaba por parte del jefe de Operaciones de esa empresa, que ellos tenían un manejo interno de entregas, y que BAVARIA S.A., no tenía nada que ver con eso, porque eran proveedores y uniformes diferentes. Indicó que la jefe de Operaciones de SERDAN S.A., era la señora Norma Virginia Espinosa. Refirió que los representantes de ventas de SERDAN S.A., tomaban los pedidos de los clientes que tenían un volumen pequeño de compras, mientras que los desarrolladores de mercado, realizaban las negociaciones con clientes especiales con mayor volumen de compras. Que los desarrolladores de mercado tenían clientes “top”, especiales, y los representantes de ventas manejaban volúmenes pequeños de ventas en tiendas de barrio; que los desarrolladores debían tener un perfil académico superior con especialización en mercadeo. No tiene conocimiento de los ruteros de los desarrolladores de mercado ni los representantes de ventas.

El señor Jhon Félix Méndez Delgado trabaja actualmente “POPS COMERCIAL S.A.S”, manifestó que laboró para la empresa SERDAN S.A., desde el 05 de agosto de 1998 hasta el 19 de septiembre de 2004, en el cargo de representante de ventas. Y que presta sus servicios a BAVARIA S.A., desde el 19 de septiembre de 2004, en el cargo de supervisor de ventas. Indicó que el demandante trabajaba para la empresa SERDAN S.A., en el cargo de representante de ventas, y lo conoce porque ingresó a laborar el 01 de noviembre de 2002, fecha en la que este laboraba para esta empresa. Explicó que el representante de ventas es el que realiza las visitas a los clientes que le son asignados por el jefe de Operación, son clientes de categoría o volumen C y deben hacer la ejecución del punto de ventas. Indicó que las herramientas de trabajo, como bisturí, cintas, dencar, afiches, ayudas de ventas les eran entregadas por el jefe de Operaciones, que se llamaba Norma, y este a su vez recibía los mismos del Supervisor de TRADE Marketing de la empresa BAVARIA S.A. Que los clientes denominados tipo C y D. vendían en promedio 4 o 6 cajas semanales. Explicó que trabajó con SERDAN en el cargo de coordinador y después pasó a BAVARIA como supervisor de ventas, analista ventas y TRADE Marketing y supervisor servicios complementarios.

Señaló que como supervisor de ventas debían estar pendiente de ejecuten la distribución del volumen, televentas, distribución numérica, manejar los desarrolladores de mercados, clientes representa o de mayor volumen hacían negociación con esos clientes

Que, para el cargo de desarrollador de mercado, BAVARIA exigía perfil profesional con especialización, inglés, y se les suministraba vehículo, avisos luminosos manejaban clientes tipo A se necesitaba mucho más tiempo y tenía menos clientes. Que ellos no comercializaban el producto, se encargaban de ejecutar el punto de venta, que si un

cliente bajaba sus ventas generalmente era porque cerraba el negocio, se les daba 3 a 6 meses en estudio o sino, se le pasaba a un representante de ventas.

Aseguró que los desarrolladores de mercado tenían vínculo con BAVARIA, quienes recibían directrices del gerente de ventas y supervisor de ventas, pertenecían a BAVARIA.

### **Análisis Probatorio.**

Acorde a los elementos de juicio recopilados en la actuación, está demostrado que el señor MOJICA CALDERON fue contratado desde marzo de 2000 por obra o labor contratada y luego a término fijo y por ultimo a obra o labor por parte de SERDAN S.A., empresa que tiene entre su objeto social el “*Apoyo logístico para la ejecución de labores de preventa, venta y posventa de toda clase de productos y servicios y apoyo logístico para actividades administrativas y operativas en diferentes áreas y procesos productivos empresariales e industriales*”; la cual evidencia haber vinculado al actor en virtud de la celebración con BAVARIA S.A. de un contrato comercial desde el año 2000 para la prestación de estos servicios de atención integral al cliente para ofrecer, promocionar, vender y plantear estrategias de ventas de sus productos, además, que el último contrato fue finalizado por terminación de la obra el 30 de noviembre de 2017.

De las declaraciones rendidas, se tiene que, el demandante refirió que si firmó los contratos de trabajo con SERDAN S.A., pero que, en el cargo que ejerció como representante de ventas, ejercía las mismas funciones del desarrollador de mercado que trabajaba directamente con BAVARIA S.A.; sin embargo, aclaró que éstos tenían otra clase de clientes que eran mínimos y tardaban más en cada visita. Por su parte, los representantes legales de las demandadas se ratifican en su defensa, alegando que los dos cargos ejercían funciones totalmente diferentes, y que en la actualidad no existen los desarrolladores de mercado, además, que el cargo DESARROLLADOR establecido en las cláusulas convencionales, es un cargo de oficina que ayuda en la parte administrativa, y no tienen relación con las ventas.

En cuanto a los testigos, vemos que aunque dieron cuenta de cómo ellos desarrollaron las funciones de representante de ventas e indicaron que pese a que la contratación fue realizada por SERDAN S.A., toda la parte operativa y de funcionamiento fue ejercida por BAVARIA S.A., no es menos que, no les consta aspectos puntuales del demandante, pues su dicho o conocimiento parte de supuestos o discernimiento por ellos realizados, al considerar que se trataba de funciones semejantes o que todos hacían la misma labor, en iguales condiciones.

Se recalca además, que tanto el demandante como los testigos allegados, manifestaron en forma unísona, que SERDAN S.A., fue la empresa que los contrató, que nunca suscribieron contrato alguno con BAVARIA S.A., que la empresa contratante era un outsourcing que prestaba los servicios de ventas ante la contratante y era SERDAN S.A. quien les pagaba el salario, las prestaciones sociales, pagaba la seguridad social, les entregaba dotación por intermedio de su jefe inmediata la señora Norma Espinoza quien trabajada para la empresa, y en últimas, era la encargada de gestionar los permisos,

vacaciones y situación que se presentara en el trabajo, aunque debía ser comunicada al supervisor, su trámite era exclusivo de la jefe de operaciones.

Así las cosas, esta Sala considera que la Juez A quo acertó al resolver el conflicto, al encontrar acreditado que fue SERDAN S.A., la que ejerció el poder de subordinación y de control disciplinario frente al demandante, y en virtud de los contratos de trabajo entre ellos celebrados, cumplió con las obligaciones laborales a su cargo, siendo en últimas quien definía las condiciones, direccionamientos e inconvenientes que se pudieran presentar en el transcurso de la relación laboral con su trabajador, esto es, se **comportó como verdadero empleador**.

Aunado a ello, se tiene que conforme se analizó en precedencia, respecto a la figura de tercerización laboral, en este asunto quedo plenamente demostrado que la actividad contractual celebrada entre SERDAN S.A. y BAVARIA S.A. no fue irregular ni extraña para el ordenamiento jurídico, en la medida que se ajusta a la facultad legal de descentralizar actividades, que aun propias de su objeto social, les permite especializar y derivar cadenas de producción reduciendo costos y flexibilizando el entorno económico para hacerse más competitivos, enfocándose en la actividad creadora principal.

En este orden de ideas, lo alegado por la recurrente no encuentra asidero jurídico cuando advierte que la relación contractual entre las sociedades y entre el empleador SERDAN con el demandante, cumplió meras formalidades ocultando la realidad, ya que, de las pruebas documentales y las declaraciones, se deduce con claridad que la empresa SERDAN S.A. estaba legalmente constituida, contaba con sus propios medios de producción para la prestación del servicio, capital y personal, asumiendo los riesgos por su cuenta, y ejercía la subordinación, disciplinaria y de vigilancia sobre sus propios trabajadores.

Por otra parte, la apelante alega que en la empresa BAVARIA S.A. existía un cargo llamado DESARROLLADOR DE MERCADO que realizaba las mismas funciones que el desempeñado por el demandante como representante de ventas, sin embargo, durante el transcurso del proceso, se logró demostrar lo contrario, puesto que, los dos cargos eran diferentes en cuanto al perfil académico, categoría de clientes, desempeño durante la jornada laboral entre otras, esto es, los clientes clase o tipo A eran atendidos por los desarrolladores de BAVARIA S.A., y sus funciones estaban orientadas a la negociación de los contratos y los demás tipo C por los de SERDAN cuyas funciones eran las de adquisición y venta de productos en bajo volumen. Esto se justifica en la naturaleza de los contratos comerciales aportados, de donde se deriva que una de las labores de SERDAN era la consecución de **nuevos clientes** y ampliar la base de ventas, siendo natural que se enfocaran en estos y no en atender a quienes ya tenían un amplio rango de adquisiciones de productos; razones por las cuales, tampoco sería procedente dársele aplicación a los beneficios consagrados en las normas convencionales operantes en BAVARIA S.A., en razón a que de ninguna manera el cargo de representante de venta estaba sujeto a las directrices de la usuaria no siendo ésta la empleadora directa, por lo explicado anteriormente.

Además de lo anterior, tampoco existen similitudes en los cargos de planta como lo pretende la recurrente tal como quedo manifestado en forma concordante por los

testigos y las partes, por el contrario, en este asunto quedó evidenciado que la empleadora SERDAN S.A. siempre actuó bajo la figura del contratista independiente, acorde a lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, una persona jurídica que fue contratada para la prestación de unos servicios de venta, que eran ejecutados asumiendo los riesgos y con sus propios medios técnicos y directivos, mediante un mecanismo propio de producción y no como alega el actor, que sólo se utilizó para encubrir o disfrazar la verdadera relación con BAVARIA S.A., que se reclama en la demanda.

En consecuencia, el problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable al demandante recurrente, en el sentido de que, acertó la Juez A quo al declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuestas por las demandadas, dado que del análisis integral del caudal probatorio, se logró demostrar que BAVARIA S.A. no era el empleador del demandante LUIS EDUARDO MOJICA CALDERÓN y quien ejerció las obligaciones legales y constitucionales en calidad de verdadero empleador, fue la Sociedad SERDAN S.A., y no S.A., mediante la ejecución de un mecanismo de tercerización legal del aparato productivo de distribución y ventas, y quien realmente ejerció la subordinación, sin que dicha vinculación se utilizara para evadir la aplicabilidad del principio de primacía de la realidad sobre las formas, siendo procedente, **CONFIRMAR** en su totalidad la providencia apelada proferida el 06 de abril de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Se condenará en costas de esta instancia a cargo del demandante por no haber prosperado el recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente medio S.M.L.M.V., equivalente a \$650.000, a favor de las demandadas.

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

## **VII. RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad, la sentencia apelada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 06 de abril de 2022, por las razones expuestas en la anterior motivación.

**SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia**, a la parte demandante, fijando como agencias en derecho, la suma de \$650.000 a cargo de LUIS EDUARDO MOJICA CALDERÓN y a favor de las demandadas.

**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFIQUESE.**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO PONENTE**



**DAVID J.A. CORREA ESTEER**  
**MAGISTRADO**

*Nidia Belén Quintero G.*  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES**  
**MAGISTRADA**