



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 cuatro (04) de julio dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-003-2019-00146-01 P.T. No. 19.903

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE ARELYZ YOBANA MARTÍNEZ URRAYA.

DEMANDADO: BAVARIA S.A. Y OTRAS.

FECHA PROVIDENCIA: CUATRO (04) DE JULIO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad, la sentencia apelada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 27 de mayo 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 la señora ARELYZ YOVANNA MARTÍNEZ URRAYA 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 diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy doce (12) de julio 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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54001-31-05003-2019-00146
PARTIDA TRIBUNAL: 19.903
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CUCUTA
DEMANDANTE: **ARELYZ YOVANNA MARTINEZ URRAYA**
ACCIONADO: BAVARIA S.A., SEDAN S.A., SEGUROS DEL ESTADO S.A.
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO-TERCERIZACION
TEMA: APELACIÓN

San José de Cúcuta, cuatro (04) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-03-003-2019-00146-01 y P.T. No. 19.903 promovido la señora ARELYZ YOVANNA MARTÍNEZ URRAYA 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 25 de enero de 2011 y el 06 de abril de 2018 en el cargo de REPRESENTANTE DE VENTAS en el cual, SERDAN S.A. actuó como intermediaria y, 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, así como al pago de salarios y prestaciones sociales causadas desde su despido y hasta que sea efectivamente reintegrada y los derechos consignados en pactos colectivos y convencionales.

De manera subsidiaria solicitó el pago del 10% del salario mensual del cual se apropiaron las empresas SEDAN y que dejó de percibir y su consecuente

reliquidación prestacional; el pago de los derechos colectivos y convencionales, el pago de las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 CST y aquella del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, 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

La 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 25 de enero de 2011, con el fin de enviarla en misión a la empresa usuaria BAVARIA S.A., en el cargo de VENDEDOR TELEVENTAS.

Que el contrato suscrito tenía un término inferior a un año (cuatro meses), con un salario básico de \$830.000 mensuales más comisiones, contrato que fue prorrogado en más de nueve oportunidades.

Que el día 05 de junio de 2013 suscribe un nuevo contrato inferior a un año por el término de cuatro meses con SERDAN, que fue prorrogado en trece oportunidades, con el mismo objeto de enviarla en misión a la empresa usuaria BAVARIA, S.A.

Que el día 25 de junio de 2015 firma un otrosí con la empresa SERDAN donde le hacen entrega de unas herramientas de trabajo como teléfono celular y Tablet.

Que el anterior contrato finalizó el día 04 de octubre de 2016 y al día siguiente, firma un nuevo contrato, el cual se dio por terminado el 04 de octubre de 2017, día que firma un nuevo contrato para continuar desempeñando el cargo de REPRESENTANTE DE VENTAS, el cual finaliza el 06 de abril de 2018, habiendo devengando como último salario la suma de \$1.366.069 más comisiones.

Que al momento de su contratación se encontraba vigente el pacto Colectivo 2008-2011 firmado entre BAVARIA, S.A. y sus trabajadores, en el cual se estipuló que “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”.

Que durante su vinculación laboral, la empresa BAVARIA firmó convenciones colectivas con los sindicatos SINALTRAINBEC, UTIBAC, SINALTRACEBA y SINALTRAEMBAV, en los cuales el cargo de DESARROLLADOR/ REPRESENTANTE DE VENTAS desempeñado por la demandante se encontraba en el escalafón de cargos administrativos en el grupo número 3.

Que el día 06 de abril de 2018 SERDAN le informa que su contrato de trabajo no será prorrogado.

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 a la 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 la empresa 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 trabajadora, hoy demandante; así como también el pago de prestaciones, demás derechos laborales, toda vez que por parte la empresa, 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 las que denominó prescripción, la inexistencia de la relación laboral entre la demandante y SERDAN, inexistencia de la relación laboral entre la demandante y BAVARIA, la prestación del servicio de la demandante a SERDAN, NO prestación del servicio a BAVARIA, subordinación de la demandante a SERDAN, no subordinación de la demandante a BAVARIA, libertad de empresa, pago total de todas las obligaciones, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de prueba de lo que se pretende, ausencia de solidaridad, la buena fe, mala fe de la demandante, compensación, improcedencia de la indemnización del despido sin justa causa, no afiliación al sindicato por parte de la accionante y la genérica.

La empresa 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 la demandante nunca fue trabajadora de BAVARIA. Que el verdadero 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 la demandante, pues nunca participó de manera directa ni indirecta en las situaciones de la relación contractual que aduce en el libelo demandatorio la actora en el tiempo que fue trabajadora 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 lto, 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.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó AUSENCIA DE COBERTURA PARA EL EVENTO RECLAMADO EN LA DEMANDA, AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DEL CUMPLIMIENTO NO. 14-40-101019448, PARA EL EVENTO RECLAMADO, AUSENCIA DE COBERTURA POR NO HABER ESTADO VIGENTE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO, CUANDO PRESUNTAMENTE SE PRESENTÓ LA RELACIÓN LABORAL, LIMITACIÓN DEL VALOR ASEGURADO POR LAS CONDICIONES FIJADAS EN LA PÓLIZA NO. 21-45-101151182 & 21-40-101069252, INEXISTENCIA DE CUALQUIER OBLIGACIÓN POR CUMPLIMIENTO CABAL DEL GARANTIZADO COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN - SERDAN S.A.- O POR AUSENCIA DE PRUEBA DE TAL INCUMPLIMIENTO, AUSENCIA DE COBERTURA FRENTE A INDEMNIZACIONES DE CARÁCTER LABORAL, ASÍ COMO PRESTACIONES EXTRA LEGALES, Y DERIVADOS DE CONVENCIONES COLECTIVAS, PACTOS COLECTIVOS, INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE EL CONTRATISTA (BAVARIA S.A.-) COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN - SERDAN S.A.-, PRESCRIPCIÓN LABORAL Y LA INNOMINADA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA en sentencia de fecha 27 de mayo de 2022, **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada BAVARIA, en consecuencia, ABSOLVIÓ a las demandadas y a la llamada en garantía de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante y la condenó en costas procesales.

La Juez A quo determinó que, lo que se refiere al contrato realidad que pretende sea declarado la parte demandante con BAVARIA S.A., se estableció que la actora prestó sus servicios a través de la empresa SERDAN S.A., que es una compañía que realiza outsourcing o tercerización que encuentra sustento en el artículo 34 del CST; que las pruebas surtidas en el proceso dan cuenta que la empresa SERDAN S.A., contratista de BAVARIA S.A., para el servicio de ventas, tenía organizada una estructura propia y un aparato productivo especializado, que le permitía realizar la gestión del personal de vendedores que prestaba dicho servicio; que se estableció que ejercía un poder de subordinación frente a la trabajadora 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.

Y que esta estructura administrativa que se organizó en 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 jefe de operaciones, personal que hace parte de la estructura administrativa de SERDAN S.A.

V. RECURSO DE APELACIÓN- PARTE DEMANDANTE

La parte demandante, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación en contra, manifestando, en primer lugar, que la empresa demandada Serdán en el derecho de petición aportada en la contestación de la demanda, aceptó los extremos temporales del vínculo laboral de la demandante Arelys Jhoana Martínez, dejando claro que existió un vínculo sin solución de continuidad desde el 25 enero 2011 al 6 de abril de 2018 al servicio de la empresa Bavaria tal y como quedó demostrado también en el fallo de primera instancia; que esto es así, aun cuando la parte demandada aduce que la demandante firmó cuatro contratos de trabajo durante todo su vínculo laboral,

Respecto a la igualdad de los cargos entre desarrollador de mercado y representante de ventas, recalcó que no se tuvo en cuenta el documento aportado con la demanda y denominado presentación Representante de Ventas, el cual se da una clara definición de roles y responsabilidades por cargo, observándose de manera clara y específica las funciones de los desarrolladores de mercado y de los representantes de venta, y entre los cual no existe diferencia alguna; respecto de este punto recalcó que en sus testimonios, los señores Luis Eduardo Mujica y Jhon Angel Sepúlveda afirmaron que los trabajadores representantes de venta y los desarrolladores de mercado podían intercambiar sus clientes, es decir, cuando un cliente pasaba a tipo A lo tomaban los desarrolladores, pero si ese mismo cliente pasaba a ser tipo B los volvían a tomar los representantes de venta, es decir, las rutas y los clientes eran intercambiados.

Alegó que se pudo demostrar que ambos cargos realizaban las mismas funciones que es la comercialización y ventas; que la demandante fue contratada a través de Serdán para desempeñar las mismas funciones que un trabajador de planta o directo a la empresa Bavaria, y más aún, siendo esas mismas funciones parte del objeto social de Bavaria, de acuerdo a la Cámara de Comercio que reposa en el expediente, en la cual y de manera clara se encuentra la comercialización de los productos, por lo tanto, las funciones desempeñadas por la trabajadora hacen parte del giro ordinario de la empresa Bavaria, tanto es así que en los interrogatorios de los representantes legales de cada una de las demandadas, afirmaron en

Bavaria que los desarrolladores ejercían la función de ventas y/o comercialización de los productos, y el representante legal de Serdán de igual forma, afirmó, los representantes de venta realiza la función de ventas y/o comercialización de los productos de Bavaria.

Indicó que lo que se busca con la solidaridad del artículo 34 del Código sustantivo del trabajo es que la contratación con un contratista independiente, para que realice una obra o preste sus servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales, por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de sus trabajadores, quiere ello decir que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad empleando trabajadores dependientes por el contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho sus trabajadores por la vía de la solidaridad laboral, pues en últimas resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales, como es el presente caso.

Alegó que en el presente fallo no se tuvo en cuenta que se logró demostrar de manera acertada que sí existe una diferencia salarial a través de los certificados por Bavaria en la contestación al derecho de petición, que así mismo, se logró probar la identidad de los cargos, pues aunque su nombre era diferente, sus funciones eran iguales, tal y como quedó establecido en las pruebas documentales aportadas tanto en la demanda como en las respuestas dadas en los derechos de petición de Bavaria y de Serdán, y entonces lo que se debe probar el trabajador que solicita la nivelación salarial es la diferencia de los salarios y la identidad del cargo, al tiempo que al empleador le corresponde probar que dicha diferencia obedece a factores objetivos, lo cual para el presente caso no existe, por el contrario, lo que se demostró durante el trámite del proceso y recaudo de las pruebas es que no existe una razón objetiva para que la empresa Bavaria contrate a una empresa de outsourcing como lo es Serdán y esta a su vez contrate por más de 7 años a la demandante para realizar las funciones de su objeto social como lo son las ventas.

Manifestó que, en cuanto a la subordinación de la demandante, la misma siempre fue ejercida por los denominados supervisores de venta, quienes eran trabajadores directos de Bavaria y eran las personas encargadas de darle a la señora Arelys Martínez el listado de los clientes a visitar, así como los puntos de venta, las funciones que debía desempeñar, el horario de ingreso, la entrega de la dotación, la entrega de la publicidad, así como darle permisos para ausentarse, el cambio de ruta, cambio de clientes y demás, y lo anterior quedó constatado y establecido en las declaraciones dadas por los testigos de la parte actora y en el interrogatorio de parte rendido así mismo

por la señora Arelys Martínez; que por lo tanto, todas las comunicaciones y directrices para que la trabajadora desempeñara sus funciones eran dadas únicamente por los trabajadores de Bavaria; y esto es así, incluso si la pasiva insiste que existía una persona de Serdán dentro de las instalaciones de Bavaria, y que por esta razón ella era quien ejerciera subordinación de la trabajadora, lo cual no es acertado ya que con los testimonios de la parte demandante y con los interrogatorios se pudo evidenciar que la figura de jefe de operaciones de Serdán no era relevante en el vínculo laboral de la demandante, puesto que no asistía a todas las reuniones, no acompañaba a la señora demandante a sus rutas, por el contrario, quien acompañaba a la demandante a sus rutas, quienes le realizaba la encuesta de hitos, quienes los evaluaban, quienes determinaban si había o no había una falta de sus funciones, siempre fueron los supervisores de venta de Bavaria.

Manifestó también que durante la vinculación laboral de la demandante siempre existieron pactos colectivos firmados entre la empresa Bavaria y sus trabajadores no sindicalizados, los cuales en su cláusula 66, se establecieron como oficios de carácter permanente los contemplados en el Grupo número 3, cargos de desarrollador, es decir, que el cargo de desarrollador y tal como se estipularon los pactos colectivos es un cargo de carácter permanente de la empresa Bavaria, puesto que dentro del objeto social de la empresa se encuentra la comercialización, es decir, la comercialización es un cargo de carácter permanente y hace parte del giro ordinario de la misma, por lo tanto y de acuerdo a los pactos colectivos estos cargos debían ser contratados de manera directa, como era el caso de los desarrolladores de mercado.

Que en dicho cláusula 66 se establecieron de manera clara el valor de los salarios que devenga un desarrollador, que tal y como aparecen las pretensiones de la demanda, están detallados año a año con el fin de que le sea cancelada a la demandante la diferencia salarial, así como los demás emolumentos legales a que tiene derecho por haber desempeñado un cargo de carácter permanente a través de la empresa Serdán, razón por la cual se define a Bavaria como la única responsable y verdadera empleadora de la demandante; que en los pactos colectivos no se permitían situaciones laborales como la de la demandante, pues en ella se estableció en la cláusula 16, que todos los trabajadores de cargos permanentes deberían ser única y exclusivamente trabajadores de Bavaria.

Por lo anterior, solicitó que se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia y de manera consecuente, se declare la existencia de un contrato realidad entre Bavaria y la demandante Arelys Martínez, y como consecuencia de ello, se le dé aplicación a las convenciones y pactos colectivos; que así mismo, se condene a todas las pretensiones formuladas en la demanda, puesto que este proceso está basado en hechos que fueron respaldado durante todo el trámite del mismo con declaraciones y documentación debidamente aportada y aceptada por las partes.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Concedido a las partes el término legal para presentar sus alegatos de conclusión y cumplido el mismo, procede la Sala 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 la Juez A quo, el conflicto se reduce a verificar si entre la señora ARELYZ YOVANNA MARTÍNEZ URRAYA 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 25 de enero de 2011 y el 06 de abril de 2018; en dado caso de ser favorable a las resultas de la 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 la demandante.

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.

De los antecedentes narrados en precedencia, logra extraerse que la parte demandante alega que existió un contrato de trabajo entre ella y la empresa BAVARIA, S.A. el cual fue disfrazado a través de la intermediación ilegal de la empresa SERDAN, S.A.; frente a lo dicho, las empresas demandadas insisten que esta última era una contratista independiente como prestadora de servidos tercerizados especializados en desarrollo de 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; que por lo anterior, SERDAN siempre fue el empleador de la demandante, y se benefició de sus labores directamente, y 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.

Así las cosas, como primera medida es imperioso traer a colación el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, que 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”*.

En este entendido, 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 [...]

Más recientemente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL3116 de 2022 expone las siguientes consideraciones sobre la tercerización laboral:

“La tercerización laboral, entendida como un modo de organización de la producción, en virtud del cual se hace un encargo a otros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo es legítima, bajo lo dispuesto en el artículo 34 del CST, pero cuando se aleja de las razones objetivas, técnicas y productivas por las que ha sido concebida, pierde su licitud.

En efecto, al tenor de lo explicado en la sentencia CSJ SL467-2019, mediante el outsourcing o externalización de procesos en comento es posible que el empresario se concentre en las actividades del negocio principales y descentralice las labores de apoyo que no le producen lucro o acceda a proveedores que, por su especialización, le ofrezcan servicios a costos más reducidos de los que le implicaría asumir la función directamente, empero, en ese contexto, nunca podrá ser utilizada como una herramienta que atente contra los principios del derecho laboral del artículo 53 de la CP.

Así las cosas, la contratación de terceros para que se ocupen de partes del proceso productivo en una determinada empresa, no permite la aceptación de relaciones deslaboralizadas o que eviten la vinculación directa con el empleador, para debilitar la capacidad de acción individual o colectiva del subordinado.”

A lo anterior, se agrega en sentencia SL3227 de 2022 reiterando la SL1089 de 2022:

“se ha dicho que 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 (CSJ SL 4479-2020).

Es así como, se trata de un «un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas», siempre que se funde «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». Por tanto, «no puede ser utilizada 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».”

Por su parte, el artículo 1º del decreto reglamentario 3115 de 1997 precisa el concepto de **intermediación laboral** de la siguiente manera:

“Es la actividad organizada encaminada a poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades, entendiéndose como oferentes de mano de obra las personas naturales que están en disposición de ofrecer su fuerza de trabajo en un mercado laboral y, como demanda de mano de obra, el requerimiento de las diferentes unidades económicas para que sus vacantes sean ocupadas por personas calificadas para el desempeño de las mismas.”

Resulta claro entonces que, a diferencia de un contratista independiente, el cual actúa como verdadero empleador en el vínculo mantenido con el trabajador, el simple intermediario no ostenta dicha calidad, pues no es quien subordina al trabajador y se limita, únicamente, a contratar servicios de otras personas “para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono”; y en caso de que se dé esta situación sin que el intermediario la ponga de presente, tendrá como sanción la imposición de una responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales que se generen (inciso 3 artículo 35 CST).

Frente a esta figura, la ya mencionada sentencia CSJ SL4479-2020, reza:

“Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe

ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

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.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo claro lo anterior, observa la Sala que lo que se pretende en este caso es que se declare que el contrato de trabajo que existió teniendo como trabajadora a la señora ARELYZ YOVANNA MARTÍNEZ URRAYA tuvo realmente como empleadora a la empresa BAVARIA, S.A. y no a SERDAN, S.A, la cual, según se alega por la activa, actuó como un intermediario ilegal, disfrazando la realidad de las cosas, a través de la figura de contratista independiente.

En este orden de ideas, con el fin de determinar si se demostró en este caso el contrato de trabajo entre la demandante y BAVARIA, S.A., se analizarán las pruebas aportadas en el plenario, que se resumen de la siguiente manera:

-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.

- Contratos de trabajo a término fijo, celebrados entre SERDAN S.A. y ARELYZ YOVANNA MARTÍNEZ URRAYA, el 21 de enero de 2011, para el cargo de VENDEDOR DE TELEVENTAS, aquel suscrito el 05 de junio de 2013 como SUPERNUMERARIO DE VACACIONES, el del 05 de octubre de 2016 en el cargo de REPRESENTANTE DE VENTAS, así como aquel suscrito por obra o labor determinada para dicho cargo, el día 05 de octubre de 2017, cuyo objeto consiste “en la ejecución de las actividades eficaces propias al cargo representante de ventas destinadas al cumplimiento de la prestación del servicio y todas las actividades complementarias para el cliente Bavaria, S.A. por lo anterior el objeto del presente contrato de trabajo se circunscribe al tiempo en que la labor descrita se encuentre vigente de acuerdo a la duración e intensidad de la misma y por tanto el trabajador se obliga a cumplirla para SERDAN, S.A. por lo que acepta y conoce de manera expresa que la misma se encuentra sujeta a ser reducida y/o suprimida de

acuerdo con las necesidades del servicio y/o por el tiempo que dure el documento comercial N°F1700386 suscrito entre SERDAN, S.A. y BAVARIA, S.A. o por la vigencia de los contratos comerciales que modifiquen o sustituyan los documentos comerciales antes mencionados”; allegándose igualmente las certificaciones laborales que dan fe de la existencia de estas contrataciones, con sus correspondientes extremos temporales y salario.

- Documento denominado “Programa de desarrollo de habilidades para Representante de ventas” rotulado por ORGANIZACIÓN SERDAN donde se explican los cambios adoptados en las estrategias de ventas planteadas conjuntamente con BAVARIA para su operación comercial, incluyendo la rutina del representante de ventas, el relacionamiento comercial, el proceso de negociación.

- Certificado de Existencia y Representación Legal de SERDAN, S.A. cuyo objeto social es, entre otros, la “Prestación de servicios a personas naturales o jurídicas, mediante contratos de prestación de servicios actividades como aseo y limpieza de toda clase de bienes muebles, inmuebles, aeronaves; (...) 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”.

- Oficio del 28 de marzo de 2009 dirigido a BAVARIA S.A. por el señor JOSÉ MARÍA RUIZ DÍAZGRANADOS como representante legal de SERDAN, conteniendo oferta mercantil para la prestación de servicios de apoyo logístico para la operación de un centro de atención de llamadas OSS-007/09, adquiriendo como obligaciones emplear personal calificado para la recepción de pedidos fabricados por la contratante, verificar integralmente a los clientes, atenderlos de manera integral, apoyar su gestión de áreas de venta y actividades promocionales, contactar nuevos clientes, divulgar estrategias y canalizar las inquietudes de los clientes acorde al protocolo estándar, entre otras similares, pactando que dicho servicio se prestaría con autonomía administrativa, económica, técnica y financiera.

- Contratos de prestación de servicios No. F12-00371, entre SERDAN Y BAVARIA S.A., por 3 años desde julio de 2011, y aquel No. CT F17-000386 celebrado entre SERDAN S.A. como proveedor y BAVARIA S.A. y CERVECERÍA UNIÓN S.A. como empresa; para que el primero por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica, administrativa, económica, financiera y directiva prestara servicios de: DESARROLLO Y EJECUCIÓN DE PUNTO DE VENTA, ACTIVACIONES, AUDITORÍA ITOS e INFORMACIÓN RELATIVA AL MERCADO; para ejecutar desde el 1 de agosto de 2016 hasta el 31 de julio de 2018 y mediante otrosí fue extendido al 1 de septiembre de 2018.

- 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 y reglamento interno de trabajo de SERDAN S.A.

Ahora, de los testimonios practicados por solicitud de la demandante, se logró recaudar la siguiente información relevante para la resolución del problema jurídico:

El señor JHON ANGEL SEPULVEDA QUINTERO manifestó que trabajó con la demandante en la empresa Bavaria, S.A. desde el 2011 y hasta el 2018, a través de SERDÁN, S.A.; informó que la demandante visitaba los puntos de venta, surtía las neveras de Bavaria, para lo que visitaba entre 45 y 50 puntos diariamente; que todos los días debía presentarse en las instalaciones de BAVARIA, aproximadamente a las 6:30 am y allí se llevaba a cabo una reunión matutina con el supervisor de ventas, en la que estaba presente algunas veces la señora Norma Virginia Espinosa, jefe de operaciones de SERDAN, S.A.; que en dicha reunion les daban indicaciones y el presupuesto, les entregaban el material POC que debían instalar en los puntos de venta, programaban las visitas que tenían y se dirigían a la ruta; que en los puntos debían instalar el material que les entregaban, verificar la refrigeración de las neveras y atender las quejas que tuviera el cliente; que al final del día le reportaban al supervisor de ventas todas las actividades que habían realizado, el monto de las ventas, las negociaciones, entre otras cosas; señaló que era el supervisor de ventas de Bavaria quien asignaba las rutas a los representantes de ventas.

Narró que para solicitar un permiso para ausentarse de sus labores, debían informar al supervisor de ventas de Bavaria, y después a la señora Norma Virginia, pero los permisos eran autorizados por el supervisor, si había personal para realizar el reemplazo. De los llamados de atención informó que el supervisor de ventas revisaba si existía alguna conducta que debía reportar, caso en el cual realizaba el reporte a la señora Norma Virginia y recibido el mismo se hacían los descargos frente a SERDAN, S.A.

Indicó el testigo que no existía diferencia entre los desarrolladores, supervisores de ventas, representantes de ventas, ya que las funciones eran las mismas, precisando que la distinción que existía era, en primer lugar, el salario ya que para los trabajadores (desarrolladores y supervisores de ventas) de Bavaria era superior; que solo los representantes de ventas estaban vinculados a través de Serdán SA, pero que podían visitar a los mismos clientes y cedérselos entre sí.

Explicó las categorías de clientes existentes en Bavaria, esto es clientes tipo ABC, lo que depende de la cantidad de cajas que el cliente compraba semanalmente; informó que los desarrolladores de mercado solo visitan clientes tipo A., que son los que manejan mayor volumen de venta y cuando el volumen de ventas bajaba, los desarrolladores de mercado le cedían los clientes a los representantes de ventas para que los atendiera; que los desarrolladores de mercado y los representantes de ventas no tenían la misma cantidad de clientes; que los representantes de ventas manejaban clientes que crecían y cuando esto pasaba, eran cedidos a la ruta de los desarrolladores de mercado para que los mantuviera, pero cuando disminuía el volumen de venta volvían a los representantes de ventas, con el aval de supervisor de ventas de Bavaria.

Informó que las dotaciones y las herramientas de trabajo tales como celulares y tablets eran entregadas en las instalaciones de Bavaria SA, por parte de la señora Norma Virginia Espinosa; que los uniformes tenían la marca de esta empresa y en una manga decía Serdán SA.

El señor LUIS EDUARDO MOJICA CALDERON, informó que laboraba en Bavaria, contratado a través de SERDAN, S.A., al igual que la demandante; que los uniformes eran entregados por la señora Norma, quien era gerente de esta última; que la señora Norma algunas veces participaba en las reuniones que se realizaban en Bavaria, y que posteriormente ella fue trasladada a las oficinas de Bavaria y empezó a asistir un poco más; que Norma iba en la ruta con los representantes de ventas cuando ellos tenían una falla que hubiera sido reportada por el supervisor; que ella les informaba respecto de la dotación, el periodo de vacaciones, la entrega de bonos.

Coincidió con el señor Sepúlveda Quintero en aspectos como el desarrollo de las funciones diarias, la entrega de las dotaciones y los uniformes que portaban.

En su interrogatorio de parte, la señora ARELYZ YOVANNA MARTINEZ URRAYA indicó que conoce a la señora Norma Virginia Espinosa, que era trabajadora de la empresa Serdán SA y que era a ella a quien le solicitaba las vacaciones; frente a los procesos disciplinarios confesó que el Supervisor de ventas de Bavaria SA., acompañaba a los representantes de ventas a revisar las rutas de ventas de visita a los clientes y si encontraba alguna anomalía le entregaba un informe a la señora Norma Espinoza, quien realizaba el proceso disciplinario.

Manifestó que la señora Norma le realizó una diligencia de descargos por un reporte enviado por la jefe de televentas cuando se presentó una situación irregular en una de las misiones que cumplía como televendedora; así mismo, informó que era Norma la que realizaba los llamados de atención y que durante su vinculación con Serdán SA ocupó los cargos de vendedora y representante de ventas, cambios que fueron realizados por la señora Norma; que los cambios en su salario eran realizados por Serdán pero que Bavaria SA les notificaba dichas modificaciones en las reuniones

ANÁLISIS PROBATORIO

Acorde a los elementos de juicio recopilados en la actuación, está demostrado que la señora MARTÍNEZ URRAYA fue contratada por la empresa 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 a la actora en virtud de la celebración con BAVARIA S.A. de un contrato comercial desde el año 2011 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 06 de abril de 2018

De los testimonios recaudados, se logró establecer que si bien se alega que el cargo ejercido por la demandante como representante de ventas, tenía las mismas funciones del desarrollador de mercado que trabajaban directamente con BAVARIA S.A., también aceptaron los testigos que éstos tenían otro tipo de clientes que eran mínimos y tardaban más en cada visita.

Así mismo, surge evidente que aunque los testigos 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 cierto que, no les consta aspectos puntuales de la 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 la 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, 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 mismo, se evidencia por parte de SERDAN la aplicación del poder sancionatorio, típico de un verdadero empleador, cuando narran que era SERDAN, la empresa encargada de realizar el proceso disciplinario, en caso de que se presentaran irregularidades en la realización de las actividades de sus empleados, habiendo sido esto narrado por los testigos y la misma demandante, quien atravesó un proceso de esta naturaleza, evidenciándose a folio 492 del expediente, una copia del acta de descargos, así como llamados de atención, ambos suscritos por personal de SERDÁN, S.A. (folios 492 y 494 del expediente digital, respectivamente).

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 a la 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 quedó 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.

Y es que esto fue igualmente concluído por la Honorable Sala de Casación Laboral de la CSJ en su sentencia SL 4801 de 2021, en la cual, al analizar un caso similar, indicó lo siguiente:

Se ha de insistir en que los documentos contentivos de la liquidación de contrato de trabajo y certificados laborales expedidos por Serdan SA que denuncia el recurrente (fls. 33, 44 y 49), muestran que hubo una relación laboral entre esta y el demandante, en virtud de la cual, este prestaba sus servicios en las instalaciones de Bavaria SA, desde mayo 13 de 2012 hasta mayo 12 de 2013, mas lo que no logra acreditar el recurrente es que esta última haya fungido como el verdadero empleador.

Desde este punto de vista, no existen razones para desconocer que, dicha contratación se dio bajo la figura de los «contratistas independientes» que viene regulada en el artículo 34 del CST, siendo una de las formas legales de vinculación de trabajadores y, conforme a la cual, aquellos fungen como «verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios».

Bajo las condiciones que envuelve el principio de primacía de la realidad alegado en sede de casación, se reitera, le era menester al impugnante traer al convencimiento de la Corte que las formalidades que revistieron el vínculo laboral eran aparentes y, que, la realidad indicaba que Bavaria SA se comportó con un verdadero empleador, pero del acervo probatorio tal cosa no aflora con nitidez.

No obstante, los hechos planteados en la demanda y, aún lo expuestos en el recurso extraordinario, muy poco aportan en pro de dismantelar una eventual relación laboral ficticia, limitándose únicamente a señalar que el demandante recibía órdenes de Bavaria SA y no de Serdan SA, tal como se menciona en los enumerados 32 y 33 del libelo genitor.

Esa simple aseveración no resulta suficiente para derruir las formalidades de la relación contractual que surgió entre el actor y la última citada y, por sí misma, catalogar a la empresa contratante, en este caso Bavaria SA, como el verdadero empleador haciéndola responsable de las obligaciones laborales que reclama el trabajador.

Una decisión en tal sentido implicaría desconocer las variadas formas contractuales que existen en el universo del derecho del trabajo para vincular personal, según las necesidades del servicio, la conveniencia del empresario o del trabajador, lo que de paso petrificaría la normatividad laboral para reducirla al binomio contrato de trabajo-empleador, cercenando la posibilidad de que otro tipo de figuras legalmente admisibles afloren a la vida jurídica.

Por ello, cuando el Tribunal afirma que no están demostradas las condiciones en que se prestó el servicio a partir del año 2008, no comete yerro alguno,

pues, ciertamente, no hubo actividad probatoria orientada en tal sentido, y a la postre, lo narrado por los testigos no difiere de lo evidenciado en la prueba documental, esto es, que el actor siempre prestó sus servicios para Bavaria SA, lo que de por sí, no es prueba de que esta empresa hubiese fungido como su empleador directo.

Adicionalmente, el recurrente tampoco logra demostrar una desatención a los lineamientos normativos que regulan la figura del contratista independiente de que trata el artículo 34 ejusdem, bien porque el contratista no empleó sus propios medios ni la autonomía técnica o directiva en desarrollo del objeto del contrato, y Bavaria SA se aprovechó para impulsar la contratación del actor con el ánimo de beneficiarse ilícitamente.

La censura comete una imprecisión al afirmar que «el demandante, hacía parte de la operación BAVARIA SA, luego su empleador fue BAVARIA SA, como lo había sido en las anteriores contrataciones», con lo cual, pretende crear un silogismo basado en una premisa falaz, porque como ya se dijo, el hecho de que el señor Miguel Antonio García Caro hubiese formado parte de la operación de Bavaria SA, no convierte a esta empresa en su empleador, per se, máxime cuando el citado estuvo prestando su servicios a través de terceros de manera legal y con contratos interrumpidos.

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 la 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 quedó 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 a la 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 de la demandante ARELYZ YOVANNA MARTÍNEZ URRAYA y quien ejerció las obligaciones legales y constitucionales en calidad de verdadero empleador, fue la sociedad SERDAN S.A., y no BAVARIA, S.A., mediante la ejecución de un mecanismo de tercerización legal del aparato productivo de distribución y ventas, y quien realmente ejerció la subordinación, no pudiéndose desnaturalizar la relación laboral que existió entre el demandante y Serdán S.A., al probarse que esta vinculación no fue utilizada 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 27 de mayo 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 de la 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 27 de mayo 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 la señora ARELYZ YOVANNA MARTÍNEZ URRAYA 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



NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES
MAGISTRADA



DAVID A.J. CORREA STEER
MAGISTRADO