

REPUBLICA DE COLOMBIA



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 tres (3) de marzo dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2019-00170-01 P.T. No. 19.960  
NATURALEZA: ORDINARIO  
DEMANDANTE MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ  
DEMANDADO: SEGUROS DEL ESTADO Y OTRAS.  
FECHA PROVIDENCIA: TRES (3) DE MARZO DE 2023.  
DECISION: **“PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la Sentencia del 15 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia a favor de la demandante el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

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

El presente edicto se desfija hoy trece (13) de marzo de 2023, a las 6:00 p.m.

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER**  
**SALA DE DECISIÓN LABORAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**

---

---

Tres (03) de Marzo de Dos Mil Veintitrés (2023)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-001-2019-00170-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.960
<b>DEMANDANTE:</b>	MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ
<b>DEMANDADO:</b>	BAVARIA S.A., SERDAN S.A. y SEGUROS DEL ESTADO

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ contra BAVARIA S.A., SERDAN S.A. y la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2019-00170-00, y Radicación interna N° 19.960 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 15 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la empresa BAVARIA S.A. y solidariamente contra SERDAN S.A., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 11 de diciembre de 2009 hasta el 6 de abril de 2018, como representante de ventas en los sectores, con la dotación y herramientas proveídas por BAVARIA, equivalente a su cargo de DESARROLLADOR que es propio, permanente y subordinado pero que ejerció mediante intermediación laboral a través de SERDAN S.A., devengando un salario inferior al que le correspondía por la categoría y pactos convencionales, que su despido es ineficaz por la intermediación y SERDAN se apropió de un 10% de su salario indebidamente.

Por lo anterior solicita se condene así: por diferencias salariales entre lo devengado y el salario equivalente a su categoría; salarios, aportes y prestaciones dejados de percibir por el despido ineficaz desde el 6 de abril de 2018; reliquidación de cesantías e intereses, de aportes a seguridad social, prima de servicios, vacaciones acordes a su verdadero salario, devolución del 10% del salario descontado cada mes, pago de derechos convencionales, perjuicios morales, extra y ultra petita. Subsidiariamente solicita que se condene a BAVARIA al pago de indemnización por despido injusto, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y sanción por no consignación oportuna de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como fundamento fáctico refiere los siguientes:

- Que el 11 de diciembre de 2009 fue contratado por la COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SERDA S.A., como trabajador en misión para ser enviado a la empresa usuaria BAVARIA S.A., como supernumerario vacaciones; suscribiendo un contrato a término fijo por término de 4 meses con un salario devengado básico de \$1.100.000 mensuales más comisiones.

- Que el 16 de febrero de 2010 firmó un OTROSI con SERDAN para desempeñar el cargo de VENDEDOR URBANO, otro el 10 de mayo de 2010 donde le entregaron herramientas de trabajo (celular, maleta, portaplano, carpeta y porta), otro el 1 de febrero de 2011 firmó para el cargo VENDEDOR COLEGIOS, el 12 de diciembre de 2011 y nuevamente le entregaron herramientas de trabajo, indicando que estas pertenecían a BAVARIA, luego firmó el 1 de octubre un otrosí para desempeñar el cargo de REPRESENTANTE DE VENTAS y el 1 de julio de 2014 se le incrementó el salario mensual.

- Que la última prórroga fue hasta el 11 de abril de 2017 pues al día siguiente firmó un contrato por obra o labor para seguir desempeñando las mismas funciones, como representante de ventas, enviando informe a BAVARIA sobre que era nuevo colaborador como trabajador en misión; devengando un salario mensual de \$1.291.171. Sin que existiera solución de continuidad entre contratos y prórrogas, cuando SERDAN dio por terminado el contrato el 6 de abril de 2018.

- Que siempre desempeñó el mismo cargo de representante de ventas para BAVARIA S.A., tenía un contrato de 7am a 12 pm y de 2 a 6 p.m., ejerciendo funciones propias, habituales y permanentes de esa empresa, las cuáles tenían allí trabajadores de planta con el cargo de “Desarrollador” y devengaban mayor salario pese a tener las mismas funciones y visitaban los mismos clientes para ofrecer los productos de la empresa usuaria. Que recibía órdenes de CARLOS ORTEGA, JACKELINE CORREA, JUAN DIEGO ACEVEDO y VICTOR MALPICA trabajadores de BAVARIA, así como correos electrónicos con órdenes y funciones. Debiendo cumplir las rutas y planillas de la empresa usuaria, que administraba estas y a los clientes.

- Que al ingresar estaba vigente el Pacto Colectivo 2008-2011 entre BAVARIA y sus trabajadores que se renovó en varias ocasiones, cuya cláusula 16 obligaba a no utilizar personal suministrado por empresas de servicios temporales; siendo prorrogado un nuevo pacto de 2011 a 2014, reiterando esa cláusula donde se identificaba el cargo de desarrollador entre los prohibidos de tercerizar y se fijó una escala salarial superior al que devengaba con la empresa contratante. Además, se le descontaba un 10% de su salario por parte de la empresa SERDAN.

La demandada SERDAN S.A., contestó a la demanda manifestando lo siguiente:

- Que acepta la existencia de dos contratos laborales: del 11 de diciembre de 2009 al 11 de abril de 2017 a término fijo prorrogado varias veces (3 veces por 4 meses y 5 veces por un año), finalizado por expiración del plazo con su respectivo preaviso, que se celebró para cumplir el contrato comercial No. OSS-007/09 y otro de obra o labor determinada que inició el 25 de mayo de 2017 para cumplir el vínculo comercial No. F17-000386 que finalizó el 6 de abril de 2017, por la reducción de servicio informada por la empresa cliente. Advierte que el actor inició el 11 de diciembre de 2009 como supernumerario vacaciones, luego el 18 de febrero de 2010 se modificó para ser vendedor urbano, el 1 de febrero de 2011 pasó a ser vendedor colegio y desde el 1 de octubre de 2013 es representante de ventas.

- Que SERDAN S.A. es una empresa prestadora de servicios tercerizados de outsourcing que desarrolla el artículo 34 del C.S.T. como contratista independiente, por lo que provee servicios con pleno autonomía técnica, administrativa y financiera, 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.

- Que la finalización del contrato fue por causa legal y objetiva, en la medida que la empresa cliente informó el 15 de marzo de 2018 la reducción del servicio contratado a nivel nacional en 30,4% a partir del 6 de abril de 2018, desapareciendo la causa y objeto contratados.

- Se opone a las pretensiones y propone como excepciones: PRESCRIPCIÓN, EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL CON EL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE TERCERIZACIÓN, INEXISTENCIA DE RELACIÓN Y SUBORDINACIÓN CON BAVARIA, LIBERTAD DE EMPRESA, PAGO TOTAL, FALTA DE LEGITIMACIÓN, AUSENCIA DE SOLIDARIDAD, BUENA FE, MALA FE DEL DEMANDANTE, COMPENSACIÓN, IMPROCEDENCIA DE INDEMNIZACIÓN, NO AFILIACIÓN A SINDICATO y GENÉRICA.

La demandada BAVARIA S.A. contestó a la demanda argumentando:

- Que entre esa empresa y SERDAN S.A. no se celebró contrato para el suministro de personal en misión porque no es una empresa de servicios temporales, sino que hubo un contrato de prestación de servicio para el desarrollo y ejecución de puntos de venta, activaciones, auditorías e información relativa al mercado, para que lo desarrollara con su autonomía técnica, administrativa y directiva; por lo que las labores del actor fueron ejecutadas como trabajador de SERDAN en una relación laboral propia y a la que es ajena BAVARIA, por lo que no le constan las prórrogas, otrosíes y salarios pactados.

- Que BAVARIA S.A. puede contratar con terceros de manera lícita aquellas actividades que no son propias de su objeto misional, como las ventas, donde se necesita contratar servicios de apoyo logístico con terceros, pues su objeto es la producción de malta, elaboración de cervezas y otras bebidas.

- Que se opone a las pretensiones por cuanto SERDAN S.A. es el verdadero empleador del demandante y es el responsable de todas las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, siendo ajena a cualquier responsabilidad laboral adeudada pues se desarrolló la figura legal de contratista independiente del artículo 34 del C.S.T.; acorde al Contrato CT F17-000386 suscrito entre ambas empresas para el desarrollo y ejecución de puntos de venta. Propuso como excepciones de fondo PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE e INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

- Propuso llamamiento en garantía en contra de SEGUROS DEL ESTADO S.A., para que responda por las coberturas adquiridas en póliza 14-45-101039467 para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores de SERDAN S.A. a favor de BAVARIA S.A.

La llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. contestó a la demanda señalando que no le constan los hechos al no haber participado en la relación

laboral alegada, acepta la existencia de la póliza en favor de BAVARIA pero señala que en el caso de declararse una relación laboral con esa empresa, no habría lugar a cobertura. Igualmente reclama que la póliza comenzó el 1 de agosto de 2016 y la relación laboral se demanda desde el año 2009. Propone como excepciones INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, AUSENCIA DE COBERTURA, COMPENSACIÓN, LÍMITE DE RESPONSABILIDAD y GENÉRICA.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del tema de decisión.**

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 22 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR** PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE BAVARIA SA Y SERDAN SA, EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ENTRE SERDAN SA Y EL DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE RELACIÓN ENTRE EL DEMANDANTE Y BAVARIA SA, INEXISTENCIA DE COBERTURA DE PÓLIZAS DE SEGUROS, PROPUESTAS POR LOS DEMANDADOS BAVARIA SA, SERDAN SA Y SEGUROS DEL ESTADO SA, LLAMADO EN GARANTÍA DE CONFORMIDAD CON LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN ESTA SENTENCIA.

**SEGUNDO: ABSOLVER** A LOS DEMANDADOS BAVARIA SA Y SERDAN SA, SEGUROS DEL ESTADO SA. DE TODAS LAS PRETENSIONES INCOADAS EN SU CONTRA, PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS PROPUESTAS POR EL DEMANDANTE MARIO ADRIAN GUECHA GOMEZ DE CONFORMIDAD CON LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN ESTA SENTENCIA.

**TERCERO: COSTAS A CARGO DE LA PARTE ACTORA.**

### **2.2. Fundamento de la decisión.**

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Indica que el problema jurídico gira en torno a establecer si hay lugar a acceder a las pretensiones para declarar un contrato realidad del demandante con BAVARIA S.A., con el fin de alcanzar condena por los conceptos legales, convencionales y prestacionales reclamados, con solidaridad de la empresa SERDAN S.A., en caso positivo si hay lugar a reconocer condena también a cargo del llamamiento en garantía.

- Advierte, que en el desarrollo probatorio se incorporaron las documentales aportadas por cada parte, los interrogatorios de parte, resaltando de los primeros el contrato de outsourcing suscrito entre BAVARIA y SERDAN, el contrato de trabajo de SERDAN y el actor con sus diferentes otrosí, vinculaciones a seguridad social, constancias, certificaciones de pago, pólizas de responsabilidad civil extracontractual.

- Resalta que el demandante concuerda con los testigos VICTOR EDUARDO QUINTERO GÓMEZ, JHON ANGEL SEPÚLVEDA QUINTERO, EDUARDO MOJICA CALDERÓN, LUIS EDUARDO MOJICA CALDERÓN quienes ejecutaron las mismas funciones también a través de SERDAN en cumplimiento del outsourcing con BAVARIA; coincidiendo los declarantes en aceptar que su empleador fue SERDAN, quien los vinculó a seguridad social, cancelaba sus salarios y prestaciones, liquidó cada uno de sus contratos, que si ejecutaban funciones para la usuaria BAVARIA y que algunas de estas eran

funciones propias de trabajadores de esa empresa, estos tenían una categorización en la atención a clientes de BAVARIA de acuerdo al número de cajas o su calidad, siendo los desarrolladores de BAVARIA los de mayor rango y los restantes eran atendidos por los trabajadores de SERDAN.

- Considera que las pruebas permiten establecer que SERDAN era el verdadero empleador del demandante, en la medida que ejecutó el contrato de outsourcing, inclusive pactando allí el suministro de medios y de instrucciones sobre productos a ofrecer, rutas a ejecutar para que los manejaran con sus propios trabajadores que era el cargo de representante de ventas; suministrándole su dotación, y está aceptado que era la señora NUBIA, quien atendía o coordinaba las actuaciones en la ciudad de Cúcuta para SERDAN, hacía las entrevistas, concedía las vacaciones, comunicaba a BAVARIA los permisos y era trabajadora directa de SERDAN, aunque diera instrucciones en instalaciones de BAVARIA, pero era el enlace del empleador con sus trabajadores para todo efecto.

- Agrega que lo anterior se deriva de una lectura clara de los contratos de outsourcing suscritos y de los objetos sociales que delimitan cada uno de sus certificados de existencia, por lo que no sería posible tampoco predicar ninguna solidaridad acorde al artículo 34 del C.S.T.

- Deriva de las pruebas que el demandante no logró establecer que hubiera subordinación ejercida por BAVARIA, sino que fue la empresa empleadora SERDAN quien daba las órdenes, instrucciones y permisos para el ejercicio de funciones; por ende, no puede predicarse la extensión de los pactos y beneficios colectivos a los trabajadores de una empresa diferente a la que los suscribe. Tampoco está demostrado que SERDAN S.A. hubiera quedado debiendo salario o concepto alguno al demandante.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandante**

La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Expone que conforme al numeral 1 del artículo 34 del C.S.T., se menciona quienes son contratistas independientes y no meros intermediarios, así como la solidaridad del beneficiario; agregando que la Corte Constitucional en Sentencia C-593 de 2014 analizó esta norma para advertir que este mecanismo no puede ser usado para evadir el cumplimiento de beneficios laborales cuando se subcontratan actividades propias del objeto social de la contratante, lo que implica que si el empresario decide subcontratar cuando podía ejecutarlo con sus propios trabajadores y medios, debe responder solidariamente por esa tercerización.

- Considera que esta situación es plenamente aplicable a este asunto, pues está demostrado que había trabajadores que vendían productos Bavaria como desarrolladores, a grandes empresas y supermercados, pero cuando eran clientes que bajaban su volumen eran atendidos por representantes de ventas de SERDAN como en el caso del actor; siendo dable evidenciar que ambos trabajadores ejercían iguales funciones, con los mismos productos y solo era diferencia el volumen de compras del cliente. Descartando que hubiera diferencia en los objetos sociales, pues ambas se enmarcan en la comercialización y la actividad desplegada fue a través de terceros, siendo evidente que BAVARIA podía ejecutar la actividad por su propia cuenta, pero decidió acudir a un tercero.

- Resalta, que el demandante suscribió diferentes contratos pese a desarrollar la misma labor sin solución de continuidad, sin que en realidad hubiera cambios en la ejecución de funciones cuando firmaba un contrato al día siguiente de finalizar el anterior y sus clientes eran los mismos que los desarrolladores de BAVARIA, los cuáles solo dependían del nivel de compra. Es decir, que ambos cargos en las diferentes empresas eran equivalentes.

- Señala, que en los pactos colectivos se logró demostrar que pese a lo anterior, no se reconocía al actor el pago consagrado para los desarrolladores pese a que ejecutaban las mismas funciones y al respecto, la providencia de rad. 35428, señala que para acceder a esa prestación basta con probar la diferencia salarial y competirá al empleador demostrar la razón objetiva; sin que sea admisible que BAVARIA contrate a través de outsourcing para desconocer estos derechos laborales, pese a estar en capacidad de desarrollar las funciones de venta por su cuenta, como se evidencia hace con otro personal.

- En cuanto a la subordinación del demandante, advierte que la misma siempre fue ejercida por los supervisores de venta que eran trabajadores directo de BAVARIA, y entregaban los permisos, rutas, clientes, zonas a visitar, conforme afirmaron los testigos; aunque el fallo identifica a la señora NORMA, como parte del personal de SERDAN que se ubicaba en BAVARIA, pero está evidenciado que esa figura no era activa sino que todos los permisos e instrucciones provenían de los supervisores de BAVARIA, empresa que tenía pleno conocimiento de la vinculación del actor y debía entonces aplicarse la presunción del artículo 24 del C.S.T., en la medida que el beneficiario de sus labores era BAVARIA, por lo que se inaplicó el principio de realidad sobre las formas como ha reiterado en su jurisprudencia la Sala de Casación Laboral; por lo cual debe declararse ineficaz cualquier formalidad suscrita entre el demandante y SERDAN, que se utilizó para disfrazar una verdadera relación laboral con BAVARIA.

#### **4. ALEGATOS**

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

##### **• PARTE DEMANDANTE:**

La apoderada de la parte actora señaló que la demandada SERDAN aceptó los extremos del vínculo laboral con el demandante y el servicio a favor de BAVARIA S.A., considerando que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta el documento aportado con la demanda y denominado PRESENTACION REPRESENTANTES denominado MODULO 2 ESTRATEGIA BAVARIA CLARA DEFINICION DE ROLES Y RESPONSABILIDADES POR CARGO, donde se puede observar la función de desarrollador de mercado y que no tienen diferencia con los representantes de venta, pues ambos cargos ejercían las mismas funciones COMERCIALIZACION / VENTAS / TRADE MARKETING de los productos de BAVARIA, por lo que se puede concluir que el actor fue contratado para cumplir las mismas funciones que un trabajador de planta de la empresa pero a través de un tercero y sin que existiera distinción sobre clientes. Por lo anterior, solicita que se reconozcan los factores salariales contenidos en las convenciones y pactos colectivos, estableciendo la igualdad salarial entre ambos cargos.

Advierte que la subordinación del demandante siempre fue ejercida por parte de los denominados supervisores de venta quienes eran trabajadores directos de BAVARIA y eran las personas encargadas de darle al señor Mario Guecha 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, cambio de rutas, cambio de clientes y demás.

Finalmente señala que al actor se le cancelaron indebidamente las cesantías pese a tener una relación laboral sin solución de continuidad y sin consignarlas en un fondo.

#### **• PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de BAVARIA S.A. manifestó en su oportunidad que en el trámite de primera instancia se desvirtuaron las afirmaciones planteadas en la demanda y se estableció la inexistencia de un vínculo de carácter laboral entre BAVARIA S.A. y el demandante, así como que el cargo DESARROLLADOR DE VENTAS no hace parte de la planta de la empresa. Señala que está probado que SERDAN S.A. es la única empleadora del demandante, no actuando como una empresa de servicios temporales sino ejecutando su actividad económica de outsourcing especializada para los servicios de venta y postventa, en función de un contrato de prestación de servicios, bajo su propia cuenta y riesgo. Que las pruebas documentales referentes a convenciones colectivas son irrelevantes y no se demostró por el interesado ninguna clase de tercerización ilegal de funciones, en la medida que los testimonios y documentales aportados permiten ver que jamás se impartían órdenes al personal de SERDAN, pues este tenía un cargo propio para la coordinación de operaciones.

#### **5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

#### **6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el señor MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ y la empresa BAVARIA S.A. encubierto mediante intermediación indebida con SERDAN S.A.? En caso positivo, se deberá determinar ¿Si el actor tiene derecho a los reajustes salariales, prestacionales, beneficios extralegales e indemnizaciones reclamados en la demanda? ¿Si SERDAN S.A. es responsable solidaria de las eventuales condenas y si procede el cubrimiento de SEGUROS MUNDIAL S.A. como llamado en garantía?

#### **7. CONSIDERACIONES:**

En este caso, procede la Sala a determinar si entre el demandante MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ y la empresa BAVARIA S.A., existió un contrato de trabajo entre el 25 de enero de 2011 hasta el 6 de abril de 2018, encubierto mediante la tercerización e intermediación de la empresa SERDAN S.A.; para establecer si en su alegada condición de verdadero empleador, BAVARIA S.A., tiene la obligación de reconocer los reajustes salariales, prestacionales, beneficios extralegales e indemnizaciones reclamados en la demanda, con responsabilidad solidaria de SERDAN S.A.

El juez *a quo* determinó que acorde a las pruebas testimoniales y documentales aportadas, no se demostró que el contrato de outsourcing

celebrado entre las empresas demandadas fuera desdibujado por las actuaciones de estas y pudo corroborarse que los actos de coordinación y subordinación eran desplegados por una empleada de SERDAN. Conclusiones que son controvertidas en la apelación de la parte demandada, pues considera que está demostrada la existencia del vínculo sin solución de continuidad por los extremos alegados, en que el actor prestó servicios a nombre de SERDAN pero a favor de BAVARIA, sin que se valoraran debidamente los documentos y testimonios que permitían corroborar que se usó la empresa intermediaria para tener personal ejecutando la misma labor que empleados propios y de su naturaleza empresarial.

En términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo, contrato de trabajo es aquél por el cual, una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Ante ello, acorde al artículo 23 (*ibidem*), para que se predique su existencia debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, bajo la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, enseña que “...*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”, pues una vez reunidos los tres elementos anteriores, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, no obstante, esta presunción admite prueba en contrario.

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es a cargo del empleador desvirtuarla. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre estas en la Sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa, que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues esta se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

De lo anterior, se extrae que, probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume y compete ejercer plena actividad probatoria a la parte demandada que excepciona la inexistencia del contrato de trabajo; complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, radicación No. 56.313, en lo referente al principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del Código sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, reitera lo ya expuesto y concreta que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos de juicio suficientes para convencer al Juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

Es importante señalar, que la teoría general de la carga de la prueba establece, que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al determinar que “...*incumbe a las*

*partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.*

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: “...*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho*”. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: “(...) *El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo*”. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que:

*“...El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes (...)”.*

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta tanto con probar la prestación o la actividad personal como el período en que ejecutó la actividad, para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.

Ahora bien, con el fin de resolver el problema jurídico antes expuesto, la Sala observa que dentro del expediente obran como pruebas que acreditan la prestación de servicios, las siguientes:

a. Pruebas aportadas con la demanda:

- 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 MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ, para la labor de REPRESENTANTE DE VENTAS con salario básico de \$1.291.793 a partir del 12 de abril de 2017, delimitado en su objeto por el tiempo en que se requiera el servicio por la naturaleza del contrato comercial F17-000386 con BAVARIA S.A.

- Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por 4 meses, suscrito entre SERDAN S.A. y MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ, para la labor de SUPERNUMERARIO VACACIONES con salario básico de \$1.059.568 a iniciar el 11 de diciembre de 2019.

- Certificado laboral expedido el 12 de abril de 2018 por SERDAN constando que el actor laboró del 12 de abril de 2017 al 6 de abril de 2018 como representante de ventas por contrato por labor con un ingreso mensual de \$1.829.799.

- Certificado laboral expedido el 12 de abril de 2018 por SERDAN constando que el actor laboró del 11 de diciembre de 2009 al 10 de abril de 2017 como representante de ventas por contrato laboral a término fijo con un ingreso mensual de \$1.895.976.

- Oficio del 11 de abril de 2017 dirigido por “Analista de contratación SERDAN” a BAVARIA, presentando al actor como nuevo colaborador a partir del 12 de abril de 2017.

- Oficio del 11 de abril de 2017 dirigido al actor por SERDAN, dando la bienvenida y entregando instrucciones de comunicación con la empresa.

- Documento titulado “Escala de faltas”, con logotipos de SERDAN donde se informan de las medidas disciplinarias a adoptar en la ejecución del contrato comercial entre SERDAN S.A. y el contratista BAVARIA y/o CEVERCERÍA UNIÓN, donde se evidencian días de sanción por diferentes actos identificados como levisimas, leves, moderadas y graves.

- Documento titulado “Circular normativa No. 1” con logotipo de SERDAN, indicando las reglas de presentación personal, relaciones personales, disciplina, permisos, prohibiciones, obligaciones, entre otros.

- Otrosí a contrato de trabajo suscrito el 1 de octubre de 2013 con SERDAN, donde el actor declara conocer y haber recibido circular No. 1.

- Otrosí a contrato de trabajo suscrito el 25 de junio de 2015 con SERDAN, donde el actor recibe equipo de telefonía celular y Tablet; en igual sentido otrosí del 9 de octubre de 2017 y del 20 de febrero de 2018.

- Otrosí a contrato de trabajo suscrito el 13 de enero de 2015 con SERDAN, donde el actor recibe bono no prestaciones por \$115.000 por incentivo “por comando Águila septiembre 2014”; del 11 de diciembre de 2014 recibiendo \$50.000 por “incentivo Miller Lite Octubre 2014”; del 9 de octubre de 2014 recibiendo \$60.000 por mera liberalidad como incentivo primera quincena julio 2014; del 1 de octubre de 2014 recibiendo bono por \$150.000 por mera liberalidad como incentivo ranking agosto 2014; del 27 de agosto de 2014 recibiendo bono por \$100.000 por incentivo meta volante agosto 15 de 2014; del 22 de agosto de 2014 recibiendo bono por \$50.000 de mera liberalidad como incentivo Maltizz Junio 2014; del 11 de julio de 2016 recibiendo \$130.000 como bonificación extralegal; del 5 de agosto de 2016 acordando incremento de auxilio de transporte extralegal; del 12 de diciembre de 2017 recibiendo tarjeta Premium pass sodexo

- Historial de cotizaciones realizadas a A.F.P. PORVENIR, donde se observan cotizaciones de SERDAN S.A. desde diciembre de 2009 a febrero de 2018.

- Comprobantes de nómina mensual del actor, con logotipo de SERDAN donde consta el valor del sueldo básico, horas extras, dominicales, bonificaciones por logros, prestaciones sociales y descuentos de ley.

- Respuesta de la División de Relaciones Laborales de Bavaria S.A., indicando que no reposan en sus archivos documentos del actor por no haber existido contrato de trabajo.

- Nota de depósito de PACTO COLECTIVO suscrito entre BAVARIA S.A. y CERVECERÍA DEL VALLE S.A. con los trabajadores no sindicalizados, del 20 de enero de 2016 para vigencia de 2 años entre el 1 de septiembre de 2015 al 31 de agosto de 2017.

- Reglamento interno de trabajo de SERDAN

- Documento titulado “PROGRAMA DE DESARROLLO DE HABILIDADES – 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.

- Pacto colectivo de los trabajadores no sindicalizados de BAVARIA S.A. y CERVECERÍA DEL VALLE S.A. 2013-2015, con su respectiva nota de depósito.

- Pacto colectivo de los trabajadores no sindicalizados de BAVARIA S.A. y CERVECERÍA DEL VALLE S.A. 2015-2017, con su respectiva nota de depósito.

- Pacto colectivo de los trabajadores no sindicalizados de BAVARIA S.A. y CERVECERÍA DEL VALLE S.A. 2017-2019, con su respectiva nota de depósito.

b. Pruebas aportadas por SERDAN S.A.

- 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”*.

- Formato identificado como “Requerimiento de personal” donde se registra la vinculación de MARIO GUECHA para contrato a término fijo el 11 de diciembre de 2009.

- Certificado de las funciones desempeñadas en SERDAN del cargo “Representante de ventas” para cumplir el contrato comercial suscrito con BAVARIA: *“Visitar y asesorar con calidad y efectividad el 100% de los puntos de venta que le son asignados a diario en clientes; garantizar la aplicación de las 6 palancas comerciales (relaciones, distribución, ventas, tradign marketing, comercial y marcas); asegurar la ejecución en cada punto de venta tienda a tienda de los 7 motores de desempeño; asegurar el diligenciamiento de las encuestas, garantizar el mejoramiento continuo del score de las encuestas, asegurar activaciones en el punto venta tienda a tienda, asegurar el correcto manejo de la plataforma sale force, gestionar la negociación, realizando el respectivo seguimiento”*.

- Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por 4 meses, suscrito entre SERDAN S.A. y MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ, para la labor de SUPERNUMERARIO VACACIONES con salario básico de \$1.059.568 a iniciar el 11 de diciembre de 2019.

- Otrosís al contrato inicial a detallar así: del 10 de diciembre de 2009 aceptando conocer la circular normativa No. 02 para prestar servicios en la operación BAVARIA PREVENTA; del 18 de febrero de 2010 aceptando cambio de cargo a VENDEDOR URBANO; del 2 de octubre de 2010 recibiendo equipo móvil celular; del 7 de febrero de 2011 aceptando cambio de cargo a VENDEDOR COLEGIO; del 23 de junio de 2011 declarando haber recibido la circular normativa No. 2 de SERDAN para la operación BAVARIA PREVENTA; del 19 de julio de 2011 acordando incremento salarial a \$1.100.000 y auxilio de transporte extralegal de \$86.000; del 28 de julio de 2011 aceptando conocer la escala de faltas establecida por SERDAN para la operación en BAVARIA contenida en circular 02; del 12 de diciembre de 2011 entregando una maleta y un porta hand held como herramientas de trabajo; del 25 de junio de 2012 cambiando la jornada de trabajo ordinaria; del 1 de junio de 2013 aceptando haber recibido la circular normativa No. 3 de PREVENTA establecida por SERDAN para la operación BAVARIA; del 1 de octubre de 2013 aceptando cambio de cargo a REPRESENTANTE DE VENTAS y de la misma fecha aceptando conocer la circular normativa No. 1; del 25 de febrero de 2014 entregando premios al trabajador; del 9 de abril de 2014 adicionando una cláusula de confidencialidad al contenido del contrato; del 11 de junio de 2014 entregando un bono de \$100.000 por concepto de incentivo; del 10 de julio de 2014 entregando un bono de \$100.000 por concepto de incentivo; del 25 de junio de 2015 entregando teléfono celular y tablet como herramienta de trabajo; del 22 de agosto de 2014 recibiendo bono de \$50.000 por incentivo; del 27 de agosto de 2014 entregando bono de \$100.000 por incentivo; del 1 de octubre de 2014 entregando bono de \$150.000 por incentivo; del 9 de octubre de 2014 entregando bono de \$60.000 como incentivo; del 11 de diciembre de 2014 entregando bono de \$50.000 como incentivo; del 13 de enero de 2015 entregando bono de \$115.000 como incentivo; del 5 de agosto de 2016 incrementando el auxilio de transporte extralegal a \$103.105; del 11 de julio de 2016 otorgando bonificación por mera liberalidad de \$130.000; .

- Circular No. 002 suscrita por ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL de SERDÁN al señor MARIO GUECHA, la cual contiene instrucciones para el uso del teléfono celular asignado como herramienta de trabajo.

- Memorando No. 001, sin fecha, donde la Coordinadora de Gestión Humana de SERDAN hace entrega de maletín como dotación al actor.

- Correo electrónico del 4 de julio de 2014 dirigido por RAUL FERNEY PINEDA NOMEZQUE, identificado como Analista de Administración de Personal de SERDAN, informando al actor de incremento del auxilio de transporte extralegal a \$93.157.

- Comunicado interno de SERDAN informando a los trabajadores de incremento salarial a partir del 1 de julio de 2015 en 3.66% y del auxilio de transporte extralegal, a partir de ese mes.

- Comunicado interno de SERDAN informando a los trabajadores de incremento salarial a partir del 1 de agosto de 2016 en 6.77%, a partir de ese mes.

- Documento suscrito por el actor informando a SERDAN no tener familiares que generen conflicto de interés con los trabajadores de esa empresa o BAVARIA.

- Formulario de capacitación en tratamiento de datos personales recibido por el actor el 11 de abril de 2017 por parte de SERDAN.

- Formato de medición y evaluación desempeño en ventas Bavaria, del 8 de abril de 2015 realizada por NORMA VIRGINIA ESPINOSA como jefe de operación e inmediata recibiendo puntaje de 9.05.

- Evaluación de capacitación realizada por SERDAN al actor, en lo referente a prevención del virus del SIKA, del 15 de febrero de 2016.

- Evaluación de inducción y reinducción en HSE, realizada por SERDAN al actor sobre seguridad y salud en el trabajo, del 23 de noviembre de 2016.

- Informe para proceso disciplinario adelantado al actor por SERDAN, del 29 de marzo de 2010 por no cumplir funciones al no llevar ni colocar el material POP a establecimientos comerciales asignados en ruta y no entregar el material de apoyo educativo a hijos de tenderos visitados; la cual se califica como falta media; comunicación del 31 de marzo de 2010 citando a descargos al actor a las instalaciones de SERDAN, la respectiva acta de descargos efectuada el 5 de abril de 2010 aceptando la falta y aplicación de sanción comunicada el 13 de abril de 2010, imponiendo 5 días de suspensión.

- Oficio del 11 de septiembre de 2013 dirigido por la analista de administración de personal de SERDAN, comunicando al actor sanción de 5 días de suspensión por entregas a clientes que no corresponden, indicando que fue reconocida en descargos del 7 de septiembre de 2013.

- Autorización de vacaciones concedidas al actor: por el período 2009/2010 por parte de SERDAN en oficio del 12 de noviembre de 2010; por el período 2010/2011 por parte de SERDAN en oficio del 6 de diciembre de 2011; por el período 2011/2012 por parte de SERDAN en oficio del 4 de enero de 2013;

- Oficios del actor dirigidos a SERDAN S.A., de febrero de 2016 solicitando licencia de luto y de octubre de 2016 solicitando licencia no remunerada.

- Desprendibles de nómina desde abril de 2016 a marzo de 2017.

- Carta del 20 de febrero de 2017 donde SERDAN comunica al actor la terminación del contrato a término fijo por expiración del plazo desde el 10 de abril de 2017; anexando liquidación de contrato por el período trabajado desde el 11 de diciembre de 2009.

- Formato identificado como "Requerimiento de personal" donde se registra la vinculación de MARIO GUECHA para contrato a obra o labor el 12 de abril de 2017.

- Contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada, celebrado entre SERDAN S.A. y MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ, para la labor de REPRESENTANTE DE VENTAS con salario básico de \$1.291.793 a partir del 12 de abril de 2017, delimitado en su objeto por el tiempo en que se requiera el servicio por la naturaleza del contrato comercial F17-000386 con BAVARIA S.A.

- Otrosíis al contrato anterior a detallar así: 20 de febrero de 2018 entregando equipo celular como herramienta de trabajo; del 12 de diciembre de 2017 entregando tarjeta Premium pass sodexo para la entrega futura de valores por mera liberalidad; del 9 de octubre de 2017 entregando equipo celular como herramienta de trabajo;

- Oficio del 8 de mayo de 2017 dirigido por SERDAN al señor GUECHA GÓMEZ, denominado “Indicadores seguimiento de gestión diaria”, donde le informan que los cambios del modelo de servicios deben llevar a mejorar el servicio y por ello se intensificaran los parámetros mínimos diarios.

- Documento suscrito por el actor el 17 de mayo de 2017 comprometiéndose a aspectos de trabajo seguro, sin destinatario.

- Comunicado interno de SERDAN informando a los trabajadores de incremento salarial a partir del 1 de agosto de 2017 en 5.75%, a partir de ese mes.

- Formatos de solicitud y control de entrega de dotación de SERDAN.

- Desprendibles de nómina de mayo de 2017 a abril de 2018.

- Correo electrónico dirigido por DIRECTOR DE GESTIÓN MASTER de SERDAN a otros correos de la misma empresa, indicando que anexa un documento para manejo confidencial donde se refiere una disminución del 30.4% (206 personas) para dar trámite; allí reenvía un correo remitido por NANCY PAOLA VALBUENA quien comunica a SERDAN que se debe modificar el contrato comercial No. F17-000366, del 15 de marzo de 2018.

- Liquidación final de prestaciones del contrato del actor por el período del 12 de abril de 2017 al 6 de abril de 2018.

- Histórico de aportes a seguridad social.

- Oficios del 6 de abril de 2018 dirigidos a diferentes trabajadores de SERDAN, informándoles que por la modificación del contrato comercial con BAVARIA se daba por terminado su contrato por obra o labor; sin incluir la del actor.

- 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.

- Contrato de prestación de servicios No. CT F17-000386 celebrado entre SERDAN S.A. como proveedor y BAVARIA S.A. como empresa usuaria, para el desarrollo y ejecución de puntos de venta, activaciones, auditorías, informaciones de mercado por el período del 1 de agosto de 2016 al 31 de julio de 2018.

#### c. Pruebas aportadas por BAVARIA

- Contrato de prestación de servicios 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.

- Reglamento interno de trabajo de SERDAN.

d. Recepcionadas en audiencia:

- Interrogatorio de parte rendido por JAIME VERGARA VILLANUEVA, representante legal de BAVARIA S.A., quien manifestó que aunque en efecto la empresa tiene entre su objeto social la comercialización de los productos que fabrica, esta facultad por decisión de la sociedad matriz no se dedica directamente al sector de ventas; aclara que la actividad sí está en el certificado, pero no se viene desarrollando como tal porque es una facultad dispositiva ejecutarlo. Que cuando se desarrollaba esta actividad, lo hacían directamente a través del cargo de desarrollador de mercado, que en ese momento era propio y permanente, lo que fue hasta 2017. Que entonces el LIT MANAGER, era quien asignaba las rutas para los desarrolladores y coordinaban a los mismos en sus zonas asignadas, mientras el desarrollador tenía como funciones visitar los clientes, promover oportunidades de negocios, gestionar eventos para promocionar los productos y relacionados, para lo cual BAVARIA entregaba elementos como tablets o celulares, recibiendo premios por sus niveles de ventas. Indica que este cargo ya no existe, pues en 2017 la multinacional que adquirió la empresa comenzó un proceso de reestructuración y para evitar un problema de monopolio con la Superintendencia de Industria, se derivó la comercialización a otras empresas.

- Interrogatorio de parte de JAMES HUMBERTO FLÓREZ, representante legal de SERDAN S.A., quien explica que las funciones del representante de ventas son asesorar al cliente del canal tradicional o corriente (tienda a tienda), ayudarle a acomodar los productos, recomendarle cuando haga falta y estar pendiente de la mercancía; que no es cierto que los puntos de venta fueran asignados a los trabajadores directamente por BAVARIA, pues esta se los comunicaba al JEFE NACIONAL – DIRECTOR MASTER que es empleado de SERDAN quien lo dispersa a los jefes de operaciones locales y estos a su vez a los trabajadores. Agrega que en Cúcuta la jefe era NORMA VIRGINIA VALLEJO, quien transmitía la información a la jefe de operadores, que además se le cargaba en un dispositivo o Tablet. Acepta que los representantes de venta ofrecen los productos de BAVARIA, porque ese fue el contrato comercial que se suscribió entre esta y SERDAN, como empresa especializada en ventas. Expone que el contrato de outsourcing para mercadeo, televentas o ventas se ofrece con autonomía técnica, administrativa y financiera. Actualmente mantienen vínculos comerciales ambas empresas. Sobre procesos disciplinarios por inconvenientes, señala que en caso de suscitarse BAVARIA reporta al área jurídica local de SERDAN y este se realiza a través de la empresa, bien sea un procedimiento o si no es de gravedad un reparo directo.

- Testimonio rendido por VICTOR EDUARDO QUINTERO GÓMEZ, quien afirmó conocer al señor MERCHÁN porque laboró con él en SERDAN para la operación de BAVARIA y señaló que el empleador entonces era SERDAN, la que le cancelaba los salarios, afilió a seguridad social. Respecto de llamados de atención sobre retrasos, nivel de trabajo o instrucciones afirmó que eran impartidos por el supervisor de BAVARIA, cuando tenían reuniones allí decían que hacía falta, aunque al ser cuestionado por su nombre no lo recuerda, aclarando que este indicaba los niveles de ventas, lo que hacía falta para cumplir y clientes por visitar, negando que entonces estuviera presente algún superior de SERDAN pues esas reuniones podían ser en la empresa o en puntos de venta externos. No le constan llamados de atención al señor MERCHAN, porque no estaban en el mismo grupo y por eso aclara que su conocimiento directo proviene de su grupo pero que todos los grupos asistían a las reuniones generales con el supervisor. No recuerda en que momento dejó de prestar servicios el actor, o si le pagaron todas las prestaciones, pero a él sí. Sobre la dotación advierte que se las entregaban con los logos de ambas empresas. Las funciones del actor eran visitar al cliente, tomar el pedido, mantener las exhibiciones, buscar más clientes o colocar publicidad. Que la comunicación con superiores solía ser en las reuniones de la mañana o alguna instrucción precisa por teléfono; los clientes los informaban a través del rutero o la Tablet. Que en las reuniones acudían los supervisores, desarrolladores, los representantes de venta y

si eran en la empresa, la Señora NORMA. Cualquier retraso se informaba al supervisor de BAVARIA, quien se comunicaba con NORMA. Que todos los representantes de venta eran capacitados en el manejo de las herramientas. Desconoce si el actor solicitó algún permiso para ausentarse o lo acontecido cuando se incapacitó. Al ser cuestionada por quien era NORMA, explicó que era la encargada de SERDAN en BAVARIA, quien estaba ahí en caso de que necesitaran algunos días no remunerados, coordinaba el reemplazo por supernumerario, entregaba la dotación, ubicada en una oficina en el segundo piso de BAVARIA, agrega que en alguna oportunidad lo acompañó a visitar clientes y puede que también sucediera con el actor.

- Testimonio rendido por LUIS EDUARDO MOJICA CALDERÓN, afirma conocer al actor hace más de 10 años como compañeros de trabajo en BAVARIA donde eran asesores en ventas, mediante contrato suscrito por SERDAN, quien era la que pagaba salarios, afiliaba a seguridad social, que la dotación algunas veces la entregaba NORMA o el supervisor de BAVARIA, aclarando que la primera era la representante de SERDAN en esa oficina. Al ser cuestionado sobre permisos, indica que se le decía al supervisor de Bavaria que los enviaba donde NORMA, llevándole la autorización del supervisor. Sobre las rutas, indica que el analista de BAVARIA se la daba al supervisor y estos los descargaban al sistema que tenían en la Tablet o el celular, aunque no sabe si alguna vez lo tramitó así el actor. Afirmó que no le consta si la señora NORMA acompañó al actor, pero sí lo hizo con él en una oportunidad que lo llamó, le preguntó donde estaba y llegó a acompañarlo en la ruta. Desconoce cuando salió de la empresa el actor. Que los grupos eran rotados, por lo que en alguna oportunidad compartió grupo con el demandante. Señala que el actor ingresaba a diario a las instalaciones de BAVARIA, donde las instrucciones del día a día las daba el supervisor de ventas de esa empresa, entregando la misma información a desarrolladores propios de BAVARIA y a los representantes de venta de SERDAN. Que las rutas estaban estipuladas en las máquinas, lo que indicaban era sobre marcas. Que ingresaban todos a las 6 de la mañana y no se sabía la hora de salida, porque dependía del diario, aclarando que no sabe a qué hora terminaba el actor. Que en caso de no cumplir su ruta, debían dar las explicaciones al supervisor de BAVARIA. Las capacitaciones cuando llegaban productos nuevos las daba BAVARIA con un personal especializado o el supervisor de ventas de la unidad de negocios si eran de otros temas. Señala que fue la señora NORMA quien lo entrevistó para acceder al cargo y por eso sabe que es trabajadora de SERDAN. Explica que los clientes nuevos empezaban como C, y a medida que subía su compra se ascendían a B o A para cuando pasaba a ser atendido por desarrolladores, pero si bajaba de rango volvía a ser atendido por los representantes de venta de SERDAN.

- Testimonio rendido por JHON ANGEL SEPÚLVEDA QUINTERO, quien aceptó conocer al actor porque laboraron juntos en BAVARIA, donde él ya estaba cuando ingresó en 2011 hasta en 2018 fue ambos fueron desvinculados; aclarando que ambos eran contratados por SERDAN, quien les pagaba el salario, afiliaba a seguridad social y reconocía prestaciones; explica que el actor fue vendedor motos, vendedor de colegio y representante de ventas. Señala que el supervisor de ventas de BAVARIA era quien asignaba las rutas, advierte que no estaba en el mismo grupo que el actor pero compartían el espacio donde eran las reuniones generales. Que la dotación era entregada por la doctora NORMA, jefe de operaciones de SERDAN, que tenía oficina en el segundo piso de las instalaciones de BAVARIA y que fue ella quien le hizo el proceso de vinculación, inicialmente en el Centro Comercial Gran Bulevard, negando que en su caso alguna vez lo acompañara en su ruta y ella fue quien mencionaba que la operación era de outsourcing, explicando que cuando fue contratado lo desplazaron a Bogotá para capacitarse en televentas. Expone que las funciones del actor eran visitar a todos los clientes, trabajar el punto de venta colocando el material que les entregaban, seguir las rutas de la Tablet asignada. Que en caso de ausentarse o retrasarse, debían informar al supervisor de ventas. Indica que las reuniones semanales eran generales, divididos en sus respectivos grupos de trabajo con los desarrolladores, representantes de ventas y allí el supervisor informaba de novedades, metas, información presupuestal o anomalías. Que a través de los supervisores de BAVARIA se decidían los cambios de ruta, se hacía verbalmente aunque niega haber estado presente cuando le sucedió al demandante. Que los cambios de ruta por variación de nivel se hacían por disposición del supervisor y a través de los canales respectivos, cambiándole un cliente por otro.

• Interrogatorio de parte absuelto por el demandante MARIO ADRIÁN GUECHA GÓMEZ, indicando que suscribió dos contratos de trabajo con SERDAN, reconociendo sus salarios, sobre los períodos de vacaciones relata que se solicitaban una vez al año o se acumulaban, para lo que se hablaba con el jefe de ventas quien remitía con NORMA para que cuadrara las vacaciones para que hubiera un reemplazo. Aceptando que esta persona era trabajadora de SERDAN y la encargada de asuntos de recursos humanos. Niega que estuviera afiliado a un sindicato. Respecto de la terminación, indica que le explicaron que debían adaptarse por los nuevos inversionistas que entraron a BAVARIA. Niega que SERDAN estuviera adeudándole algún concepto a su salida o que solicitara licencia no remunerada. Alega que no tuvo cambio de funciones, solo de nombre del cargo: vendedor, asesor, representante de ventas dependiendo del modelo de servicios y eso lo anunciaban cada tanto, porque primero pedían pedidos manuales, luego en la Tablet.

• Oficio del 14 de marzo de 2022 por el cual SERDAN contesta requerimiento del Juzgado, indicando que el objetivo del cargo “representante de ventas” es “ejecutar las obligaciones comerciales contraídas entre SERDAN S.A. y la cliente BAVARIA S.A.”, respecto de las rutas, zonas y clientes señala “era el Director de Gestión Master Bavaria, hoy Director de gestión y mejoramiento estratégico, el cargo contratado por SERDAN S.A. para establecer y determinar dichas rutas, zonas y clientes, siendo distribuidas a los jefes de operaciones a nivel nacional (vinculados mediante contrato de trabajo con SERDAN)”. Advierte que tiene contratos similares con TELMEX, ZYSMIKA, INDEGA, REPRESENTACIONES CONTINENTAL y otras. Anexan certificado de funciones específicas del cargo representante de ventas y reglamento interno del trabajo.

Conforme a esta relación probatoria, y reiterando la Sala, que para la existencia de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., el actor debió acreditar la prestación personal del servicio, para de esa forma trasladar a la demandada la carga de la prueba de probar que no existió subordinación; al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que:

*“no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto (...) las decisiones se deben fundamentar en los elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”*

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, es necesario destacar, según dispone la Sala de Casación Laboral en providencias como la SL11436 de 2016, que “en los asuntos en donde se discute la existencia de un contrato de trabajo, el deber del juez no se contrae a observar solamente la forma; es menester auscultar todo el acervo probatorio, para llegar a la verdad real y encontrar, de ser el caso, el contrato realidad, en oposición a un contrato formal, tal como lo instituye el artículo 53 de la Constitución Política, que establece en forma concreta que impera “la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” y ante ello, esta Sala procederá a analizar si las conclusiones del *a quo* fueron acertadas o si asiste razón a la parte demandante cuando esgrime que hubo una indebida tercerización y uso de la contratación outsourcing para desconocer garantías laborales al actor.

Acorde a las pruebas relatadas previamente, está demostrado que el señor GUECHA GÓMEZ fue contratado desde diciembre de 2009 como trabajador a término fijo y luego 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 contratado al actor en virtud de la celebración con BAVARIA S.A. de un contrato comercial desde el año 2009 para la prestación de estos servicios de atención integral al cliente para ofrecer, promocionar, vender y plantear estrategias de ventas de sus productos; suscribiendo luego en 2016 otro contrato de prestación de servicios para el desarrollo y ejecución de puntos de venta, activaciones, auditorías y estrategias de venta.

Alega la parte actora desde la demanda, que realmente siempre prestó sus servicios a favor de BAVARIA S.A. y que esta encubría dicha relación mediante una tercerización meramente formal con SERDAN S.A., para evadir el reconocimiento de derechos convencionales; para determinar si le asiste razón, se recuerda que el artículo 34 del C.S.T. determina que 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 beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva”*, mientras que el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, determina que son simples intermediarios -o sea, no son empleadores porque con ellos no hay contrato de trabajo- las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.

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 el intermediario no es empleador, pues no es quien subordina al trabajador; siendo el objeto de la demanda que se declare indebida la actuación de SERDAN y BAVARIA, en la medida que considera el actor como verdadero empleador a este último y reclama una formalidad de contratista independiente de SERDAN, cuando en realidad actuó como un intermediario para encubrir los actos de subordinación de BAVARIA.

Sobre estas situaciones, en el numeral 3º del artículo 35 del C.S.T., se contempla como sanción para el intermediario que oculte su verdadera calidad y el nombre de la persona que se beneficiará del trabajo, el atribuirle una responsabilidad solidaria por todas las obligaciones laborales que surjan de esa relación laboral; por lo que se debe establecer a través de los referidos medios de prueba, si como alega el actor debe declararse a SERDAN como un simple intermediario o realmente fue un contratista independiente.

Al respecto, se memora la sentencia CSJ SL4479-2020, donde se dijo:

*“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.”*

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 deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades».*

Conforme este marco legal y jurisprudencial, se tiene que la actividad contractual celebrada entre SERDAN S.A. y BAVARIA S.A. no es 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.

De allí que la tercerización de ciertas actividades de la cadena productiva no derive en la aplicación inmediata de la presunción del artículo 24 del C.S.T. a favor del beneficiario de los servicios contratados como si el contratista fuera un simple intermediario; a menos que se evidencie la intención de utilizar indebidamente estas facultades legales para defraudar a los trabajadores y para ello, acorde a las providencias citadas, se debe establecer que los contratos de *outsourcing* aportados sean meramente formales y realmente el contratista no ejecute el servicio por sus propios medios de producción, capital y personal, ni asumiendo los riesgos por su cuenta, careciendo de una estructura propia y un aparato productivo especializado, y finalmente que no ejerza subordinación sobre sus propios trabajadores.

Aplicando esta noción al caso concreto, de las pruebas aportadas y practicadas se deriva que asiste razón al juez *a quo* cuando señala que no hubo intención defraudatoria o de encubrimiento en la contratación celebrada y ejecutada entre BAVARIA y SERDAN S.A.; en la medida que esta última, en efecto, actuó permanentemente como empleadora del actor, desplegando sus propios medios de producción, capital y aplicando sobre su personal actos de subordinación, disciplinarios y de vigilancia.

Al respecto, se destaca que el demandante en su interrogatorio de parte acepta haber suscrito sus contratos directamente con SERDAN y que al requerir permisos, vacaciones o licencias debía tramitarlos a través de la señora NORMA ESPINOZA, quien fue identificada como la jefa de operaciones de SERDAN en Cúcuta y esto fue confirmado por los demás testigos, quienes indicaron que era la persona que coordinaba los pormenores de la contratación y control de los trabajadores de SERDAN en la operación de BAVARIA, lo que tiene soporte documental pues en la evaluación de desempeño fue quien la aplicó en calidad de superior jerárquica inmediata; igualmente, de la documental se desprende que era SERDAN quien establecía los cargos, salarios, prestaciones, bonificaciones, incrementos y beneficios reconocidos al actor, cubriéndolo con su patrimonio.

Así mismo, SERDAN S.A. aportó documentos que establecen el ejercicio de la subordinación para el control disciplinario, evidenciándose citaciones a descargos y aplicación de sanciones de suspensión por faltas de gravedad media en el ejercicio de sus funciones, destacando que era citado a las dependencias de SERDAN para adelantar el procedimiento; igualmente los testigos y el mismo actor refirieron que para eventos de incumplimientos, bajos niveles de desempeño y omisiones, el supervisor de BAVARIA derivaba siempre en NORMA ESPINOZA para que procediera con el trámite respectivo. Lo mismo sucedía con los incentivos, que eran pagados y reconocidos por SERDAN, luego de ser reportados por la información de BAVARIA; así como los permisos o el reconocimiento de vacaciones, que se coordinaba entre

ambas empresas para efectos de establecer la viabilidad o reemplazo, pero finalmente eran concedidos por SERDAN.

Resalta la Sala que las versiones de los testigos y el actor en su interrogatorio son coincidentes en afirmar la existencia de grupos de trabajo en que se dividían los representantes de venta, aunque no llegan a aclarar los motivos de la división o quien impuso dicha organización; igualmente que había una subdivisión entre los vendedores contratados por SERDAN y los de BAVARIA, pues estos últimos denominados “desarrolladores” estaban enfocados en atender clientes de la más alta categoría y nivel de ventas.

Al respecto, considera la Sala que es equivocada la afirmación del apelante cuando considera que esto prueba cómo los clientes eran visitados por igual entre empleados de ambas empresas, pues los mismos testigos refieren que sí existía la diferenciación y era el rango de compras del cliente; siendo atendidos los de primer nivel por los desarrolladores de BAVARIA y los demás por los de SERDAN. 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. Sin que en todo caso la extensión en el tiempo de la tercerización incurriera en alguna prohibición de índole legal que la haga ineficaz, al no existir norma o disposición alguna que prohíba su uso o su duración.

Destaca también la Sala que el documento identificado como “PROGRAMA DE DESARROLLO DE HABILIDADES – REPRESENTANTE DE VENTAS” elaborado por SERDAN para instruir a sus trabajadores; realmente constituye una evidencia de que dicha empresa mantenía un sistema especializado para la capacitación, bajo sus propios medios, del personal que iba a ejecutar la operación en BAVARIA y que la contratación comercial entre ambas no era meramente formal.

Para el caso concreto, estima la Sala que de un análisis integral de los elementos de prueba reseñados, se advierte, que si bien las actividades de coordinación y colaboración general que se daban entre BAVARIA y SERDAN incluían elementos de instrucción que alcanzaban a los trabajadores de ambas, estos no resultan excluyentes de la naturaleza comercial que vinculaba a ambas empresas y no se advierte que en momento alguno excedieran al ejercicio de una subordinación jurídica directa de BAVARIA hacia el señor SEPÚLVEDA. Ello por cuanto los testigos y el actor son contestes al indicar que el supervisor de BAVARIA, para cualquier aspecto particular y concreto que involucrara a un trabajador de SERDAN, daban la instrucción de acudir o remitían el asunto para ser solucionado a través de NORMA ESPINOZA.

Así las cosas, debe decirse que la demanda buscaba establecer a SERDAN como una simple intermediaria que servía para subcontratar indebidamente al actor para evitar una vinculación formal con BAVARIA; sin embargo, lo que se evidenció es que la empleadora siempre actuó bajo la figura de contratista independiente, acorde a artículo 34 del C.S.T., 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, simplemente suministrando personal a BAVARIA.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral en providencia SL4267 de 2022, indicó:

*“La hipótesis fáctica, así descrita, se encuadra en el artículo 34 del CST. (...) Tal como lo expuso la Sala en la sentencia CSJ SL4479-2020 reiterada en la SL2002-2022, la figura del contratista independiente exige «que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos». En tales condiciones, no actúa como verdadero empresario quien «carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación» sino como «un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal». En otras palabras, si el contratista no actúa con independencia y autonomía respecto del contratante, es lógico comprender que realmente se trata de un simple intermediario, pues así lo disponen los numerales 1 y 2 del artículo 35 del CST. (...) En la relación de intermediación (distinta de la que sucede con las empresas de servicios temporales), el simple intermediario no es empleador, pues esta calidad la tiene quien se beneficia del trabajo que realizan las personas vinculadas por aquel. Por lo tanto, quien ha sido vinculado por un supuesto contratista, que en verdad es un simple intermediario, realmente no le presta sus servicios a este sino a quien se lucra con su actividad laboral.”*

Del análisis probatorio efectuado, se pudo identificar que en virtud de una oferta comercial y luego por un contrato de prestación de servicios, SERDAN S.A. ofreció y pactó con BAVARIA la ejecución de labores cuyo fin era la consecución de nuevos clientes y ampliar la base de ventas, para lo cual contaba con una estructura propia e independiente de personal, elementos tecnológicos que entregaba de su propia cuenta a sus empleados y una organización autónoma que le permitía desplegar actos de subordinación al actor por intermedio de su jefe de personal, NORMA ESPINOZA, al tiempo que era a través de ella que se realizaban coordinaciones con la empresa contratante, sin que se demostrara que estas encubrieran una indebida intermediación como se planteó en la demanda.

En consecuencia, asistió razón al juez *a quo* al abstenerse de declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y BAVARIA, dado que un análisis integral y sistemático de las pruebas permite evidenciar que realmente se ejecutó un mecanismo de tercerización del aparato productivo de distribución y ventas a través de SERDAN S.A., quien era la empleadora del actor 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.

Fluye de lo expuesto, que, se confirmará en su totalidad la providencia apelada y se condenará en costas de segunda instancia al demandante, fijando como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de las demandadas.

### **DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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 y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la Sentencia del 15 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia a favor de la demandante el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

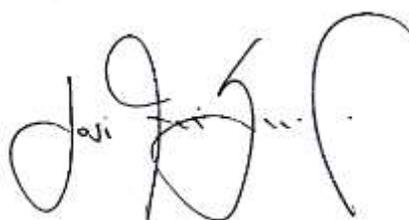
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Nidia Belen Quintero G.*

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ  
MAGISTRADA**



**DAVID A.J. CORREA STEER  
MAGISTRADO**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA  
MAGISTRADO**