TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL

Magistrado: **JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25899-31-05-001**-2017-00304-01**
Demandante: **JOHN FREDY SOTO BALLESTEROS**
Demandado: **BAVARIA S.A.**

En Bogotá D.C. a los **31 DIAS DEL MES DE MAYO DE 2022,** la Sala de decisión Laboral que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JOSÉ ALEJANDRO TORRES** GARCÍA, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la empresa demandada, contra la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

JOHN FREDDY SOTO BALLESTEROS demandó a **BAVARIA S..A.,** para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 1° de marzo de 2015, en consecuencia, se ordene a la demandada mantenerlo en el cargo de auto elevador; se condene al reconocimiento y pago de salarios de los dos últimos años contados a partir del momento en que se presentó la demanda, conforme lo establecido en la convención colectiva o pacto colectivo; y del mismo lapso cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones; beneficios legales y extralegales, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las peticiones, narró que uno de los objetos sociales de la demandada es la fabricación de cervezas, la producción y transformación de bebidas alimenticias; que desde el 13 de marzo de 2015 se vinculó a Bavaria S.A. a

través de la empresa intermediaria *AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS SAS,* en el cargo de montacarguista o auto elevador, siempre ha desempeñado las mismas funciones en las instalaciones de Bavaria en Tocancipá; recibiendo una remuneración mensual de $1.200.000. más $172.000 en el mes por alimentación y otra suma igual por auxilio de transporte; ha manejado un montacargas de propiedad de Bavaria, pues en la silla tiene su logotipo, cumple el horario de trabajo publicado en sus instalaciones, recibe órdenes diariamente de los jefes de Bavaria, ésta es quien lo capacitaba y le expedía las certificaciones respectivas; su remuneración la recibía a través de ASL S.A., agrega que los empleados directos de Bavaria perciben un salario superior al suyo, a pesar de cumplir las mismas labores.

Sostuvo igualmente, que es afiliado a la organización sindical Sinaltraceba, con la cual Bavaria suscribió convención colectiva, y tiene trabajadores directos afiliados al mencionado sindicato, que se encuentra pactado un salario para el cargo de auto elevador en $76.211 diarios, sin que éste le sea reconocido, ni liquidadas sus prestaciones sociales con dicha cuantía (fls. 2 a 11 PDF 01 Cdno. Primera instancia). La demanda se admitió mediante auto de 13 de julio de 2017 (fl. 67 ibídem).

BAVARIA SA., dentro del término de traslado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, considerando que el demandante nunca ha sido su trabajador, siendo improcedente también la consecuencia jurídica que se pretende derivar, además en la empresa nunca ha existido el cargo de *auto elevador;* y el accionante no es beneficiario de ninguna convención colectiva al no ostentar la calidad de trabajador suyo, nunca le ha impartido órdenes, no le ha impuesto horario, ni lo capacitó y por ello, no tiene la obligación de cancelar las acreencias que reclama; precisó que celebró contrato de prestación de servicios de operación logística con la Agencia de Servicio Logísticos ASL, atendiendo la especialidad y manejo del contratista y actuando ella como contratante, contratación consagrada en el artículo 34 del CST, siendo dicha empresa la que contrató a su personal para la ejecución de ese contrato, entre ellos al demandante, como el mismo lo confiesa, siendo por tanto, su verdadera empleadora y por ende será quien debe responder por las pretensiones de la demanda; asegura que ASL desarrolló plenamente sus

actividades como contratista independiente, por lo que debe ser absuelta de las suplicas de la demanda.

En su defensa propuso además de algunas excepciones previas, las de fondo o mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del contrato de trabajo (fls. 93 a 127 del PDF 01).

En audiencia del artículo 77 del CPT y SSA, llevada a cabo el 13 de agosto de 2018, se dispuso integrar la Litis con las entidades Veloser SAS y la Agencia de Servicios Logísticos ASL (acta de audiencia y Cd. fls. 182 y 183 Ibídem, y PDFs 07 y 08).

La **Agencia de Servicios Logísticos S.A. "ASL S.A**.", al descorrer el traslado de ley, señaló que con el actor existió una relación laboral, a la finalización de la misma, que lo fue por justa causa (sic), canceló cada una de las obligaciones derivadas de ese nexo *"…por lo que teniendo en cuenta que no tenemos injerencia alguna sobre las pretensiones del actor, mi representada tendría que ser desvinculada por falta de legitimación por pasiva…";;* al pronunciarse sobre los hechos, dijo que el único cierto era el relacionado con la actividad desarrollada por Bavaria dentro de su objeto social, precisando que *"…este numeral no es un hecho, es la transcripción parcial del objeto social de la empresa…*", de los demás dijo no constarle; precisando en el acápite de FUNDAMENTO DE HECHO que el 26 de marzo de 2015 celebró contrato de operación logística No. CT-F15-001067 con Bavaria S.A., que, para la fecha de contestación de la demanda, se encontraba vigente el contrato No. CT-2017-94, siendo el objeto del mismo que el operador logístico obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica, administrativa y directiva, se obligaba a prestar el servicio de operación logística de productos y empaques a aquella –Bavaria-, adicionalmente se obliga a prestar el servicio de trasiego de botellas, reempaque de producto, aseo del CD, cargue y descargue manual de vehículos terrestres o marítimos, carpe y descarpe y demás funciones emanadas del contrato comercial de operación logística; que en cumplimiento del objeto del contrato comercial, requirió contratar personal calificado para cumplir las diversas funciones que permitirían desarrollar el contrato pactado;

por lo que realiza acuerdos comerciales con proveedores para alquiler de maquinaria, compra de equipos, alquiler de bienes inmuebles, etc., como es el caso concreto del alquiler de montacargas a la empresa DISTOYOTA, contrato No. CTF15-000175, que en la modificación No. 03 se puede observar que cuenta con 36 montacargas alquiladas; preciso que ella no es una empresa que ejerza intermediación laboral, es una empresa colombiana dedicada a la operación logística; y para el cumplimiento del objeto del contrato, vinculó al hoy demandante, mediante contrato a término indefinido el 15 de marzo de 2015, que se finaliza el contrato sin justa causa el día 14 de febrero de 2014 (sic) y se le paga la debida indemnización de que trata el artículo 64 del CST. En su defensa, formuló la excepción de fondo o mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva (fls. 194 a 205 y 253 a 264 ídem).

Con auto de 10 de junio de 2021se tuvo por no contestada la demanda por parte de **Veloser S.A.S.,** señalando que dicha conducta se tendrá como un indicio grave en su contra, según el artículo 31 del CPT y SS (PDF 05),

II. DECISION DEL JUZGADO

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá mediante sentencia de 2 de diciembre de 2021, resolvió; 1) declarar la existencia del contrato de trabajo con Bavaria S.A., del 15 de marzo de 2015 al 14 de febrero de 2019; 2) condenar a ésta demandada reconocer y pagar al actor las siguientes sumas de dinero: $26.312.865 por concepto de diferencia salarial de acuerdo con la Convención Colectiva suscrita por ésta y la organización sindical SINALTRACEBA durante la vigencia del contrato; $2.192.739 por diferencia de cesantías, $263,125 por diferencia de intereses sobre las cesantías, $2.192.739 por diferencia de prima de servicios; $1,093,369 por diferencia de vacaciones; 3) absolvió a la demandada BAVARIAS S.A., de las demás suplicas de la demanda; 4) le impuso costas a la demandada, tasando las agencias en derecho en tres salarios mínimos legales mensuales vigentes (Cd. y acta de audiencia, PDFs 19 y 20).

III. RECURSO DE APELACION DE LA PARTE DEMANDADA.

Inconforme con la decisión, manifestó:

"…Gracias señoría, encontrándome en la oportunidad procesal respectiva, interpongo recurso de apelación contra el fallo que acaba de proferir el despacho por las siguientes razones: En primer lugar debo manifestar que no quedo demostrada la relación laboral del demandante, o la prestación personal de servicio del demandante con mi representada, quedo demostrada fue la relación laboral del demandante con Agencia de Servicios Logísticos, así lo dice, en primer lugar el contrato de trabajo firmado por el demandante que no fue desconocido ni tachado por el demandante; el OTROSI firmado entre las partes, pago de aportes al sistema de seguridad social y todos los documentos que emanan de una relación laboral diáfana que hubo entre el señor Jhon Fredy Soto Ballesteros y la Agencia de Servicios Logísticos, el pago de aportes además a seguridad social, salarios, la liquidación de prestaciones sociales, que no fue desde ningún punto de vista desconocido por parte del señor demandante. En segundo lugar, debo manifestar que la prueba testimonial pues fue mal valorada, los testigos que acudieron en el día de hoy, lo único que pretendían como yo lo dije, era obviamente favorecer al demandante en sus pretensiones Laureano Villa y Víctor Alfonso Castro Bonilla, vinieron a aquí a narrar unos hechos donde habían presuntamente unos ingenieros de Bavaria que les daban ordenes, que les daban instrucciones, que cumplían turnos, nunca explican en realidad de que se trata en realidad eso, que es lo que ocurre al interior de un turno, que es lo que ocurre en la planta o que ocurrió en su momento, como era que le daban órdenes o instrucciones al demandante, basta con decir que si que le daban órdenes que yo estaba ahí, ni siquiera dijeron que estaban ahí, pero que les daban órdenes, que la demandante y a todos nos daban órdenes; no describieron, tanto don Laureano que sabía que los turnos eran de 2 a 10, de 10 a 6, y de 6 a 2, no hizo una descripción de lo que ocurría en cada turno y siento que debe haber por lo menos una descripción seria de un testigo, indicando en realidad que es lo que está pasando para configurar una presunta relación laboral; no solamente le basta a él con decir que si, que habían unos ingenieros, nombran a algunas personas, ingenieros de Bavaria; pero resulta que también acepto, ni siquiera el testigo, porque además los testigos dijeron Laureano y Víctor Alfonso dijeron que no, que no había nadie de ASL que solamente eran los ingenieros de Bavaria los únicos que daban las órdenes; pero resulta que el demandante, les desvirtuó esa declaración cuando el demandante dio que era que habían unas personas que les traían la razón y que eran unas personas de ASL pero que no se acordaba él del nombre de estas personas que traían la razón; pues a mi me llama poderosamente la atención, como lo he dicho siempre la memoria selectiva de los testigos y más del demandante que dice acordarse también de unos nombres de unos ingenieros de Bavaria, pero esta vez si no recuerda como se llaman las personas que trabajaban para ASL y que eran los que le traían las razones , de que era lo que tenía que hacer; entonces pues esto si en realidad además de todo insólito que se acuerde uno de las personas que están lejos pero no de las personas con las que interactúa diariamente; y además que los testigos, el demandante lo confesó pero los testigos nada, no hicieron referencia a un aspecto de esos. De todas maneras la confesión del demandante, derriba inmediatamente las declaraciones de estos infundados testigos, que en mi opinión estuvieron mal valorados por parte del despacho; que de igual manera fue equivocadamente valorada la prueba documental, porque cuando no hay un desconocimiento de esta prueba documental por parte de actor, pues obviamente lo único que le queda al despacho por verificar es que efectivamente el demandante si firmó los contratos, al demandante si le pagaba su verdadero empleador que era la Agencia de Servicio Logísticos; él después lo único que vino a decir que era que le pagaba Bavaria, pero si son pruebas que obran en el expediente, que eso no puede él hacer caso omiso, cuando efectivamente se encuentran las pruebas ahí en el plenario, indicando que evidentemente el demandante era un trabajador de la Agencia de Servicios Logísticos y no de mi representada. Entonces señoría, yo debo de decir de manera principal que el despacho se equivocó y les digo a los Honorables Magistrados, que se equivocó al momento de valorar las pruebas, porque obviamente si las hubiera valorado en debida forma se hubiera percatado que lo único que existió entre, o mejor dicho, el contrato de trabajo existió realmente entre John Fredy Soto Ballesteros y Agencia de Servicio Logísticos, luego es equivocación del despacho condujo a no aplicar el artículo 34 del CST. que habla efectivamente de los contratistas independientes y equivocadamente le dio aplicación al artículo 35. Que para este caso no había lugar a aplicarlo. De otro lado, el despacho pues confiere unos extremos temporales de la relación laboral y en esa medida lo que yo debo decir, además al despacho, es que si el contrato de operación logística y el operador logístico estuvo vinculado con mi representada y ya paso con esto a hablar de manera subsidiaria en el

recurso, que si el contrato de operación logística o el operador logístico estuvo vinculado con mi representada, en su condición de "intermediario", en gracia de discusión que se determinara, pues de todas maneras el intermediario fue solamente hasta el día, hasta mitad de julio de 2018, ya después obviamente digamos que no tendría razón de ser que haya sido en otra fecha, pues porque el señor si bien ese señor siguió vinculado con la Agencia de Servicio Logístico, pues ya no había una conexión o una vinculación de esa entidad con mi representada. Entonces, ahí, también debo decir que hubo una equivocación del despacho, al momento de valorar las pruebas documentales. En relación con el pago de las sumas de dinero que hoy dispone, fundado en que se le reconozcan al demandante, pues debo decir que al no ser el demandante trabajador de un representada. Mucho menos tenía derecho a que se le diera aplicación a una convención colectiva de trabajo que hubiera firmado Bavaria con una organización sindical, porque pues al no ser trabajador el demandante de Bavaria, pues muchos menos, reitero, tiene aplicación la convención colectiva de trabajo para los efectos que el despacho le dio, porque automáticamente lo que hace el despacho es que aplica una convención colectiva sin que el demandante sea un trabajador de la misma empresa. De todas maneras, en gracia de discusión, si existirían conceptos que están prescritos, porque si se le va a dar aplicación a la convención colectiva de trabajo, de todas maneras, la fecha de vinculación del demandante, pues también permite inferir y al momento de la aplicabilidad, que obviamente habría algunos conceptos que están cobijados por el fenómeno de la prescripción. Por último señoría, tengo que decirle al despacho, que el juzgado debió haber aplicado la excepción de compensación propuesta al momento de contestar la demanda pues no puede desconocerse que si se tiene como intermediario a la Agencia de Servicio Logístico de mi representada, pues obviamente deben convalidarse todos los pagos que haya hecho el intermediario, y si el intermediario le hizo pagos de salarios, acreencias, vacaciones y demás, pues estás tienen que ser precisamente compensadas como si se hubieran hecho directamente por parte de mi representada, pues la virtualidad de un intermediario es precisamente que represente al empleador frente a sus trabajadores, y como la doctora está diciendo que hizo unos pagos, que fue intermediario, es decir que evidentemente aquí no está en discusión o no sea negado más bien que Agencia de Servicio Logístico le hubiera efectuado el pago de salarios, prestaciones, vacaciones y demás al propio demandante. Luego, en esos términos dejo sustentado mi recurso, adicionalmente, no bueno, dejo sustentado mi recurso en esos términos, y solicito al despacho, a los Honorables Magistrados que ser revoque la sentencia, o si no que se proceda como es debido en forma subsidiaria, y le ruego al Despacho que conceda el recurso para ante el TSC gracias señoría…".

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El término para alegar de conclusión en segunda instancia, transcurrió en absoluto silencio.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Bavaria S.A., teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Así las cosas, atendiendo la inconformidad planteada por la parte apelante, se advierte que la controversia en esta instancia, radica en determinar si; *(i)* se

configuraron los elementos del contrato de trabajo con la empresa demandada ahora apelante; *(ii)* de tenerse por acreditado el contrato con BAVARIA, cual fue el extremo final; *(iii)* se encuentran prescritas las acreencias por las que se elevó condena, y procede la compensación en los términos alegados por el recurrente.

Respecto al primer punto, esto es la existencia del contrato de trabajo, el Código Sustantivo del Trabajo, en sus artículos 22 lo define; 23 consagra los elementos esenciales del mismo, como la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia, y el salario; y 24 contempla una presunción consistente en que *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo",* la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido. Igualmente, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación de trabajo, consagrado en el art 53 de la CP, el juez debe darle primacía a los que se deduce de la realidad y no de las formas, es decir, documentos elaborados por las partes.

Se afirma en la demanda, que el accionante se vinculó con Bavaria S.A., a través de la empresa intermediaria Agencia de Servicios Logísticos SAS, en el cargo de montacarguista o auto elevador, desempeñado las funciones en las instalaciones de Bavaria en Tocancipá; ha manejado un montacargas de propiedad de Bavaria, pues en la silla tiene su logotipo, cumple el horario de trabajo publicado en sus instalaciones, recibe órdenes diariamente de los jefes de Bavaria, dicha empresa lo capacitaba y así lo certificaba; su remuneración ascendía a la suma de $1.200.000. más $172.000 en el mes por alimentación y otra suma igual por auxilio de transporte, que la recibía a través de ASL S.A.; que los empleados directos de Bavaria perciben un salario superior al suyo, a pesar de cumplir las mismas labores; igualmente indicó que es afiliado a la organización sindical *Sinaltraceba*, con la cual Bavaria suscribió convención colectiva, y tiene trabajadores directos afiliados al mencionado sindicato, que se encuentra pactado un salario para el cargo de auto elevador en $76.211 diarios, sin que éste le sea reconocido, ni liquidadas sus prestaciones sociales con dicha cuantía.

Por su parte Bavaria S.A., negó la existencia de vínculo pregonado, sostuvo que el actor nunca ha trabajado y mucho menos ha estado subordinado a ella, que jamás se le han encomendado órdenes o asignado funciones por parte de ésta, tampoco se le han pagado salarios, prestaciones sociales; que ella celebró con la Agencia de Servicios Logísticos SAS. contrato de prestación de servicios de operación logística, en su calidad de contratista independiente en los términos del artículo 34 del CST; por lo que aquella consiguió su personal a quien le daba órdenes y ejerció como su empleador.

Así, respecto a la descentralización que pregona la accionada; debe decirse que si bien legalmente es factible que dentro de la cadena productiva empresarial se contrate con terceros la realización de algunas actividades atinentes al proceso de producción de una compañía, atendiendo el principio de libertad económica consagrado en el artículo 333 de la C.P.; también se debe observar el cumplimiento de las especificaciones y particularidades que conlleva dicha práctica; pues de no ser así, respecto a la relación de aquellas personas que contrata el tercero, se puede colegir que se está frente a una intermediación laboral o una intermediación laboral indebida, en detrimento de los intereses y derechos de los trabajadores; circunstancias que convertirían al tercero en simples intermediarios, de conformidad con lo señalado en los artículos 35 del CST, al tenerse dicha contratación eventualmente como fraudulenta.

La jurisprudencia, sobre la contratación de terceros especializados, ha señalado que esa potestad no es absoluta ni ilimitada, ni puede llevar a la segmentación de la empresa, en tanto uno de los elementos centrales de esta figura es que el tercero especializado debe realizar su labor preferiblemente en sus propias dependencias y con sus equipos y elementos, y en todo caso bajo su propia autonomía y riesgo, sin injerencias excesivas del cliente, lo cual naturalmente debe analizarse en atención a las particularidades y naturaleza del servicio contratado. También ha considerado que la tercerización se convierte en intermediación en alguna o algunas de las siguientes situaciones:

- El cliente es dueño de los medios de producción (maquinaria e instalaciones) en los que deben operar los trabajadores del tercero especializado.
- La labor contratada forma parte esencial del objeto social de la empresa y se presenta en concurrencia con la actividad propia de esta y en el mismo sitio o en sitio contiguo.
- El cliente ejerce mando y tiene injerencia en el manejo de la empresa y la forma y términos en que se desarrolla la relación con el operador.
- El cliente determina a qué trabajador en particular se contrata o se desvincula, siendo "presuntamente" empleados del tercero especializado, o da órdenes sobre los trabajadores de la empresa que hace la tercerización.

Igualmente, ha sostenido la jurisprudencia, que *"…a pesar de que la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción, en la cual, se hace un encargo a un tercero, de determinadas partes u operaciones del proceso productivo…",* son un instrumento legítimo en el orden jurídico laboral que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico a fin de ser más competitivas; estas no pueden ser utilizadas *"…con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o bien sea para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades…"* en razón a que *"…debe estar fundada en razones objetivas, técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios del mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial…"*; entonces, cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evitar la contratación directa a través de entes interpuestos que carecen de estructura propia y aparato productivo especializado *"…estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal…"* (CSJ SL 467-2019). .

En el mismo pronunciamiento, la máxima Corporación de cierre de la justicia ordinaria, aclaró que, *"…aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitida en Colombia, bajo las restricciones y limites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. "El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o* ***ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal****…".*

Bajo ese contexto, a continuación, se procede a verificar si con las pruebas recopiladas, se establece que la juzgadora de instancia, se equivocó al colegir que la vinculación del demandante lo fue realmente con la demandada Bavaria S.A., como se sostiene en la apelación.

En el presente asunto, se recibieron las declaraciones de Víctor Alfonso Castro Bonilla, Laureano Vija Cindua, los interrogatorios del demandante, de la representante legal de la accionada Bavaria S.A., y los documentos aportados por las partes.

Víctor Alfonso Castro Bonilla, quien dijo haber sido compañero de trabajo del demandante en la empresa Bavaria S.A., a quien conoció en el año 2015, en las instalaciones de esa empresa, señaló que aquel era montacarguista y almacenista, siendo las labores desarrolladas las de evacuar producción de las líneas, almacenar, cargar y descargar vehículos para ventas a los diferentes municipios de los productos de la empresa; quienes direccionaban las labores del actor eran *"…directamente las daba los ingenieros directos de Bavaria, como tal él estaba en la línea 5, yo estaba en la línea 2, yo lo relevaba a él en las horas de la comida, nos dividíamos el casino de la empresa Bavaria, por ejemplo, cuando yo lo relevaba a él, yo quedaba al mando del ingeniero Fabio Roa, cuando estábamos en el depósito o centro de distribución ahí nos daban las ordenes el ingeniero o Ismael Martínez, Javier Betancourt, y Álvaro Escobar…"*, que éstos les decían *"…donde teníamos que almacenar, nos decían si había algún producto retenido, nos decían hasta que horas íbamos con cierta referencia, y ya los turnos si teníamos que volver en las horas de la noche, o si teníamos que volver en las horas de la tarde…"*, *"…nos daba las órdenes, nos decían cuanto producto iba a salir, nos solicitaban las referencias del envase, nos solicitaban la cantidad de estibas y digamos teníamos que estar pendiente de recibir la producción y almacenarla de manera que digamos otro montacarguista no la fueran a coger mientras se terminaba el corte y ellos hacían el ingreso al sistema….",* y que no vio personal de ASL direccionar o dar órdenes al demandante.

Preciso, que las líneas que menciona son de producción; *"…línea 5 son donde se envasa la cerveza en lata, hacen las diferentes referencias águila, póker, costeña…"* y la *"…La línea dos en donde hacen el producto en botellas no retornables…"*, que la labor del demandante en la línea era suministrar envase vacío en lata, en la línea 5, *"…si, le suministraba envase vacío en lata, suministrar las estibas, retirar producción y almacenarla…";* también dijo que el auto

elevador que utilizaba el actor tenía el logotipo de Bavaria en la silla, que las actividades siempre las desarrolló en las instalaciones de Bavaria, y las herramientas que utilizaba el demandante las suministraba Bavaria, lo que asegura porque *"…las herramientas siempre nos las daba Bavaria, las montacargas como tal por ejemplo nos las entrego el señor Javier Betancourt cuando cambió la flota completa él nos entregó las herramientas, y en la silla del montacarga venía el logotipo de Bavaria Tocancipá…",* igualmente menciona que él reemplazaba al demandante en la línea 5, porque "*…le voy a decir, lo que pasa es que en la línea 2 habían dos operarios, entonces en el horario de la comida sacaban un operario de la línea 2 que era yo, iba y relevaba al señor John Fredy Soto Ballesteros a la línea 5, y él procedía al respectivo por media hora y él volvía y me recibía el turno y podía salir yo al respectivo o el que faltara de la línea 2…".*

Laureano Vija Cindua, expuso que con el actor fueron compañeros de trabajo desde el mes de febrero de 2015, lo conoció en la Planta de Tocancipá de Bavaria, que ambos –testigo y actor- tenían el cargo de montacarguista, desarrollando las labores dentro de las instalaciones de la Cervecería Bavaria Tocancipá, Centro de Distribución; que las labores que aquel *"…éramos compañeros en el patio de maniobras, las labores de cargue y descargue de vehículos tipo tanser o camiones de estacas, de procesos de cargue y descargue de envases y descargue de envases y cargue de producto terminado de las diferentes marcas de Bavaria Póker, Águila, Costeña…* ; quienes direccionaba las labores eran *"…Los jefes de Bavaria, Álvaro Escobar, Javier Betancourt, Ismael Martínez, y Fabio Nova de la línea 5…",* lo que sabe porque *"…coincidíamos en los diferentes turnos y las labores nos las daban antes de empezar los turnos…", "…nosotros compartíamos turnos dentro de la misma planta, hacíamos turnos, coincidíamos en los turnos con él…";* que las actividades las realizaban por turnos que *"…eran rotativos 6:00 a 2:00, 2:00 a 10:00 y 10:00 a 6:00…".,* sostuvo que *"…Las funciones dentro de la empresa Bavaria comprendían el cargue y descargue de camiones, se descargaba el envase, se modulaba en los diferentes módulos, y al mismo tiempo se le iba cargando el producto terminado en los respectivos vehículos, de acuerdo a la factura….".*

Manifestó que los auto elevadores o montacargas *"…son de Bavaria porque ellos permanecen dentro de Bavaria, se hace el mantenimiento dentro de Bavaria, se tanquea dentro de Bavaria, y además no tienen ninguna placa…".* que asevera lo anterior, aunque no observó *"...documentos como tal no, solamente porque uno se da cuenta que las máquinas permanecen dentro del depósito, en la planta, se hace mantenimiento interno, se tanquea, por tanto se asume eso…"*; también precisó que los citados ingenieros Ismael Martínez, Fabio Nova, Álvaro Escobar, son trabajadores de Bavaria, porque *".. ellos siempre se identificaban como trabajadores de Bavaria,*

además de que tenían el uniforme de Bavaria y las carnes con el logo de Bavaria…" ¸ que el accionante dejo de estar en las instalaciones de la demandada desde julio de 2018. de manera continua e ininterrumpida "…*por el cambio de intermediario con Bavaria…",* lo que sostiene *"…Simplemente se hace un cambio de intermediario cuando deja de existir el contrato, cuando hacen cambio de contrato…"*

En el interrogatorio de parte, el demandante señaló que se desempeñó como montacarguista *"…a mí me contrató Bavaria, por un intermediario, ingrese en el 2015 entre como montacarguista, entré a laborar en las líneas de producción; y ya luego de un tiempo pase a despachos, despachar vehículos de Bavaria…"*, que las órdenes *"…siempre las daba Bavaria, allí no se movía una botella sin que Bavaria dijera, personal de ingenieros, los encargados de las líneas de producción eran los que daban las pautas para ver que labores se iban a hacer diariamente…";* .también dijo que había personas que *"…simplemente nos llegaban con las razones, por lo menos nos decían que el señor Ismael Martínez mandó a decir que hoy vamos a hacer esto o que si nos puede hacer el favor de esto, muchas veces el señor Ismael Martínez daba la ronda por la Bodega, pues decía, nos reunía en las mañanas antes de iniciar el turno pues para darnos las indicaciones para la labor…"*, que esas personas que él identificaba como del intermediario *"…que lograra ver unas dos persona, que muy rara vez estaban en el patio, pero pues cuando le digo que los que realmente nos daban las ordenes estaban muy ocupados…"* y se vestían *"…ellos llevaban chalecos rojos de Bavaria, de igual manera como lo utilizaba el señor Álvaro Escobar, como lo utilizaba el señor ese de la línea 5 que yo trabaje ahí, como es el habitual uniforme de Bavaria. Chaleco y casco blanco…".*

Expuso que prestó labores *"…hasta el año 2018, el 14 de febrero de 2018, y allí estuvo un año con el artículo 140, hasta febrero de 2019…",* cuando *"…me dieron una carta sin justa causa y me despidieron…", "… me la entregaron en Bavaria en el edificio de Logística, me la entregó una funcionaria cuando nos reunieron a todo el mundo a las 6:00 de la mañana para entregarnos las cartas, nos tocó hacer una fila, la iban entregando y pues uno iba firmando…".*, que también "*…estaban los funcionarios de Bavaria presentes en el momento que nos repartieron las cartas, de igual manera ellos eran los que las repartían, sin más ni más nos las daban sin importar si estábamos de acuerdo o no, los que quisieran reservarse el derecho a demandar pues lo podían hacer…".*

La representante legal de Bavaria S.A. –**Ruth Viviana Pinilla Mesa**, adujo que revisando "*la maestra de personal*" no figuraban algunos nombres de los que mencionaron los testigos y el demandante como personal directo de Bavaria, como el señor Álvaro Escobar, Eder Betancourt, Ismael Martínez, significando ello *"…que no es trabajador…"* de la compañía, que el señor Fabio Nova Caicedo *"…él desempeña el*

cargo de empacador, lo cual no tiene ninguna relación con nada de logística…", que la actividad de auto elevador *"…ese cargo si bien existió hace muchísimos años, y ya no hay nadie que lo desempeñe por lo cual no tengo conocimiento si en esta época existía, porque pasaron muchísimos años operaba dentro de la compañía, porque no hay funciones o algo para uno tener conocimiento…",* que no sabe si el accionante cumplía horario ya *"…al no ser trabajador directo de la compañía, se desconoce cualquier particularidad respecto al vínculo que él pudo llegar a tener, presuntamente con algún operador logístico, por lo cual no sé, no se tiene conocimiento si cumplía o no horario, pues Bavaria no tiene esos registros…"*, y que tampoco era que se le autorizara la entrada *"…es pertinente aclarar que si bien por razones de seguridad si se tiene que saber quién ingresa eso no significa que se realice algún tipo de control de horario o algo por el estilo, no a los trabajadores que no son de la compañía…"*.

De los documentos obrantes en el expediente digitalizado, PDF 01 del cuaderno de primera instancia, se observa entre otros, los siguientes:

(i) Contrato Individual de Trabajo a Término Indefinido, del demandante con la empresa Agencia de Servicios Logísticos S. A. "ASL S.A.", con fecha de inicio el 13 de marzo de 2015, para desempeñar el cargo de *Montacarguista*, en la bodega y/o cliente "Tocancipá Bavaria" (fls. 40 a 46 y 219 a 225); y OTROSI, celebrado el 15 de septiembre de 2015, con el que le asignan un salario mensual de $1.200.000 (fl.226 y 227);

(ii) Historia Laboral Consolidada en pensiones de PROTECCIÓN (fls. 47-50);

(iii) Desprendibles de pago del actor donde se indica "EMPRESA: AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A. ASL S.A. -C.O. 039 TOCANCIPA BAVARIA – CARGO: MONTACARGUISTA SENIOR", de algunas quincenas de los años 2015, 2016 y 2017 (fls. 51 a 57);

(iv) Fotografías (22), algunas repetidas, allegadas con el escrito de demanda, indicándose al relacionarse como pruebas que son *"…con los jefes directos de la empresa Bavaria S.A. y el demandante, y prestando el servicio dentro de las instalaciones de Bavaria S.A. en seis (6 folios) …"* (numeral 5 título Documentos, fls. 10 y 11) (fls. 58 a 64);

(v) Contrato de operación logística celebrado entre Bavaria y ASL S.A., No. CT F15-001067 de 26 de marzo de 2015 (fls. 128 a 161);

(vi) Contrato de Comodato Precario de Bodega No. CT F15-001074, celebrado por Bavaria S.A., entre otros, con Agencia de Servicio Logísticos S.A., el 26 de marzo de 2015 (fls. 162 a 167)

(vii) Póliza de responsabilidad civil por daños a terceros, de Suramericana, tomada por ASL a favor de Bavaria S.A. (fls. 168 a 170)

(viii) Carta de ASL SA de 13 de febrero de 2019, dirigida al demandante con referencia *"Terminación de contrato de trabajo",* en la que se le indica que según el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, la empresa ha determinado dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa a partir del 14 de febrero de 2019 (fls. 245 y 306);

(ix) Comprobante de pago de prestaciones sociales, en el que se liquida por indemnización $3.531.111, y un total general de $5.607.208.oo (fl. 246 a 249 y 307 a 310);

(x) Certificado de aportes al sistema de protección social de Compensar/miplanilla.com (fls. 250, 251, 311 y 312);

(xi) Perfil y descripción del cargo de Montacarguista Senior Tocancipá y registro de inducción (fls. 294 a 298);

(xii) Comunicación de 5 de septiembre de 2016 de Sinaltraceba S.I., dirigida a Bavaria S.A., mediante la cual notifican la creación de la Sub Directiva Seccional Tocancipá, en la que el actor figura como suplente, igualmente aparece relación de nuevos socios, y certificación de la Coordinadora Grupo de Archivo Sindical sobre la inscripción y vigencia de la organización Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Cervecera en Bavaria y demás empresas Cerveceras y Similares "Sinaltraceba S.I." y la conformación de la última Junta Directiva de la Seccional Tocancipá, depositada el 5 de septiembre de 2016 (PDF 15).

De los medios de prueba enunciados, analizados en conjunto atendiendo la libre formación del convencimiento como lo establece el artículo 61 CPTSS, se evidencia que el demandante prestó servicios personales como operador de montacargas o auto elevador en las instalaciones de la planta de Bavaria S.A. – Centro de Distribución--, ubicado en el municipio de Tocancipá - Cundinamarca, lugar donde se advierte, la empresa también desarrolla la parte productiva de su objeto social, como se desprende del hecho que el demandante tuviera que

alimentar las líneas de producción, mover el producto ya envasado hacia el lugar que le indicaran, así como cargar los vehículos con éste –producto terminado o ya envasado- para la distribución; y que suscribió un contrato de operación logística con la Agencia de Servicios Logísticos ASL SAS, en cumplimiento del cual el accionante prestaba sus servicios personales.

Ahora, si bien había personal de la empresa ASL que en ocasiones, le indicaba al demandante lo que tenía que hacer, como lo refiere el apelante; ya que éste –el actor- así lo indicó en el interrogatorio, al manifestar que personal al que denominó de la intermediaria, en algunas ocasiones, especialmente cuando los jefes directos de Bavaria estaban ocupados, que en su sentir eran quienes le impartían las órdenes directamente, le llevaba razones de lo que debía hacer; tal situación por sí misma, no es suficiente para derruir la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en el presente asunto, y así tener a Bavaria S.A., como la verdadera empleadora del demandante; toda vez que es apenas lógico que, por lo menos formalmente, dicha empresa ASL SA, hubiere realizado algunos actos que evidenciaran su calidad de empleadora, máxime si se tiene en cuenta que es dicha empresa la que aparece como tal en el contrato de trabajo que celebró con el actor, fue la que reportó y pagó los aportes a seguridad social, pagó los salarios, como lo recalca el apelante; siendo dable inferir que los funcionarios de ASL interactuaran de alguna forma con el demandante y los testigos; sin que ello signifique que los referidos funcionarios de Bavaria, a que aluden los testigos y el actor, no estuvieran presentes y vigilantes en las operaciones, o que no interactuaran con el demandante y con los demás operadores de montacargas.

Sin embargo, tal situación no es de la suficiente entidad y contundencia, como ya se indicó, para infirmar la conclusión a la que arribó la juzgadora de primera instancia y que comparte la Sala, esto es, que Bavaria es la verdadera empleadora del hoy accionante, por lo siguiente:

No hay lugar a duda que entre Bavaria y la Agencia de Servicios Logísticos S.A. "ASL S.A." se celebró el contrato de operación logística CT-F15-001067 de 26 de marzo de 2015, cuyo objeto fue "*…el servicio de operación logística de Productos y Empaques*

*… trasiego de botellas, reempaque de producto, aseo del **CD,** cargue y descargue manual de vehículos terrestres o marítimos, carpe y descarpe, revisión de envase o producto terminado, alistamiento de los productos para exportaciones, reparación de estibas, servicio dominical, remonte y desmonte de vehículos de distribución, apoyo en la generación de tornaguías y muestreo de envase…"*, para lo cual el operador logístico debía cumplir, entre otras condiciones logísticas; "*…b- "la EMPRESA suministrará al OPERADOR LOGISTICO diariamente los pedidos que debe alistarse en el CD. Con base en la información diaria entregada por la EMPRESA al OPERADOR LOGÍSTICO, este procederá a la separación y el alistamiento de pedidos que deberá entregar a cada Distribuidor. - … g- el OPERADOR LOGISTICO deberá ubicar los productos y empaques dentro de **CD** sobre las estibas de madera debidamente identificadas…".* Y como obligaciones del operador logístico, las establecidas en la cláusula cuarta, a saber: "*…4.1. Recibir en el CD o en la línea de embotellado, los Productos y Empaques, por parte de LA EMPRESA, en las cantidades, condiciones de tiempo y modo establecidos por LA EMPRESA y previamente notificados al OPERADOR LOGÍSTICO…";* es decir que las labores fueron ejecutadas en el Centro de Distribución de Bavaria en Tocancipá, como se corrobra con la fotografías allegadas con la demanda; evidenciándose además que, se realizaba la labor de producción de la empresa, como se colige del contrato de operación logística, lo que lleva a deducir que la labor de producción estaba relacionada con la actividad del actor como montacarguista, pues debía alimentar las líneas de producción y trasladar o mover la producción para la bodega.

También se establece, de la cláusula segunda del referido contrato, que la demandada se comprometió a entregar a título de comodato precario al operador logístico el inmueble donde opera el centro de distribución o despacho y otros elementos de trabajo, que se relacionaban en la correspondiente acta de entrega -que no se allegó-. En la cláusula 3ª se dice: *"…LUGAR DE EJECUCIÓN: el servicio de operación logística será prestado en las instalaciones del CD de la empresa, ubicado en la dirección que se indica a continuación…Tocancipá Autopista Norte kilómetro 30 Tocancipá – Vía Tunja…";* en el parágrafo primero de la cláusula 2da., se estableció *"…EL OPERADOR LOGISTICO reconoce y acepta expresamente que será un simple tenedor del CD y demás elementos relacionados con el contrato de comodato precario y que la tenencia la tendrá única y exclusivamente para el cumplimiento de las obligaciones descritas en el presente contrato; en consecuencia, reconoce y acepta expresamente que carecerá de cualquier derecho valido para mantener la tenencia del CD y demás elementos entregados a título de comodato precario por LA EMPRESA que se requieran para la prestación del servicio, una vez la prestación del servicio se termine, por cualquier causa…".* En la cláusula 4.23, se obliga al operador logístico a permitir el ingreso de funcionarios

del CD, gerentes de ventas, cajeros, facturadores, etc., aludiendo a trabajadores de Bavaria. En la cláusula vigésima segunda, se determina que la restitución del CD se hará mediante entrega por parte del operador logístico a la empresa de los inmuebles, maquinaria, equipos de trabajo, repuestos, herramientas. También se observa que las cláusulas 4.39 a 4.45 del citado contrato de operación logística, corresponden a observaciones sobre manejo de personal; las cláusulas 4.54 y 4.54.1. sobre administración y cuidado de los montacargas, entre otras.

De lo anterior, se infiere que la demandada no solo facilitaba el inmueble, sino otros equipos para el desarrollo de la labor del llamado operador logístico; e incluso dentro de sus instalaciones se tanqueaban los montacargas, situaciones que desdibujan la autonomía y libertad con la que debía actuar el operador logístico, y reafirman la intromisión o injerencia de la accionada en la ejecución de las labores del actor, circunstancias que impiden tener o catalogar a ASL SAS como un contratista independiente, en los términos del artículo 34 del CST, que los define como 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….*" ; y es que lo evidenciado, del análisis en conjunto de los medios de prueba, es que Bavaria era quien definía la ejecución y prioridades en el proceso de producción y distribución, siendo factible inferir que era la directa beneficiaria de los servicios prestados por el demandante como montacarguista o auto elevador.

En ese orden, lo que se advierte es que la actuación del operador logístico ASL SAS, en la contratación del demandante, bien puede encuadrarse en los artículos 32 y 35 de la norma sustantiva del trabajo; pues lo evidenciado es la intención de evitar su contratación directa con Bavaria S.A. Dicha normatividad prevé, la primera, son representantes del empleador y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las personas allí enlistadas, dentro de ellas *"…b) los intermediarios…";* y el segundo precepto, establece como simples intermediarios, aquellas *"…1. personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}. 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los*

servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. 3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas…".

Téngase en cuenta que, las actividades del actor se desarrollaron en las instalaciones del cliente Bavaria S. A. en Tocancipá, de acuerdo a las órdenes que le impartía el personal de ésta, evidenciándose la injerencia diaria en la labor del tercero, como lo mencionaron los testigos; que dichas labores consistían en el manejo de montacarga, alimentación de las líneas de producción de la citada empresa, e incluía el cargue de los vehículos con el producto terminado, descargue de envase de los mismos, almacenamiento del producto en los diferentes módulos; las herramientas eran de la empresa cliente; es decir, que los servicios prestados por el demandante, como atrás se indicó, eran para beneficio de Bavaria y las actividades desarrolladas están en conexión con las labores ordinarias de dicha demandada; circunstancias que llevan a considerar que se dio una indebida tercerización que conlleva una intermediación irregular, que impone que la empresa beneficiaria del servicio será considerada como el verdadero empleador.

Sobre este específico aspecto, la jurisprudencia legal, en sentencia de la CSJ SL 868-2013, que reiteró la de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, en la que se adoctrinó, lo siguiente:

> *"(…) como se ve de estos dos primeros incisos del artículo trascrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:*
> *"a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.*
> *"b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario "representante" del empleador.*
> *"La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un*

subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del CST y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). ***Empero, si a pesar de la apariencia formal de un "contratista", quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.***
"Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas…"

Así las cosas, se reitera, la libertad y autonomía que supuestamente tenía el operador logístico ASL SAS, como lo señala el recurrente, no quedó establecida, ni definida con la claridad necesaria en este proceso; ya que la injerencia de Bavaria S.A. en la estructura del operador logístico, como se analizó anteriormente, y que puede deducirse también del contenido del mismo contrato de operación logística, en donde se establecen cláusulas que ponen en entredicho la supuesta autonomía e independencia de ASL, en especial, cuando además se plantea que Bavaria S.A., a través de un supervisor o coordinador debe colaborar con el operador para el mejor éxito del servicio contratado, o que podía exigir el cabal cumplimiento del contrato y de sus especificaciones, o que estaba habilitado para practicar la inspección de la operación y celebrar reuniones diarias para verificar los despachos de productos y empaques efectuados por los distribuidores, u ordenar que se repitieran o mejoraran los servicios defectuosos, o exigir la adopción de medidas de seguridad (pag. 27 del contrato, fl. 154).

Es de precisar, que si bien como lo asevera el recurrente, no existió desconocimiento de la prueba documental por parte del actor, que evidencia que con el operador logístico éste *"…firmó los contratos, … le pagaba*…" salarios, prestaciones, liquidaciones, sufragó los aportes a seguridad social*;* no por ello se puede llegar a concluir que *"… su verdadero empleador era la Agencia de Servicio Logísticos…";* pues como en varias oportunidades lo ha señalado esta Corporación, tales circunstancias, no son

suficientes para tenerla como su verdadera empleadora; ello, por cuanto en realidad los servicios fueron prestados para Bavaria, en sus instalaciones, con sus equipos, las actividades desarrolladas por el trabajador eran inherentes a su objeto social; elementos éstos que tienen mayor relevancia al momento de determinar quién es el verdadero empleador; puesto que dicha empresa tercerizó algunas actividades propias de su objeto social, sin que esa tercerización cumpla con los parámetros legales y jurisprudenciales, como se analizó, encontrándose un caso latente de intermediación, que impone tenerla como verdadera empleadora del demandante

Lo anterior, es suficiente para concluir, que Bavaria SA., como empresa beneficiaria, es el verdadero patrono del accionante, porque efectivamente se beneficiaba de su labor y, por ende, no podría hablarse que la Agencia de Servicios Logísticos tenía tal calidad, pues lo acreditado es que está pretendía cubrir necesidades permanentes del objeto social de Bavaria SA., como representante suyo, al tenor de los artículos 32 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que esté demostrada una razón objetiva, técnica y productiva que justifique ese proceder. Además, se reitera, el actor cumplía sus funciones dentro de sus instalaciones, con sus equipos y herramientas de trabajo, lo que refuerza aún más que su empleador fue Bavaria; destacándose en este punto, una vez más que, no es que se niegue la posibilidad que las empresas contraten con terceros la realización de algunas actividades especializadas, e incluso que, las mismas se ejecuten en las instalaciones de la contratante, pero tampoco se trata, como antes se dijo, de una potestad absoluta e ilimitada, y en el presente asunto se observa que la conducta de la demandada no encaja en esa hipótesis.

En ese orden y como quiera que la decisión de la juzgadora de primer grado, de declarar la existencia del contrato de trabajo con Bavaria S.A., se encuentra ajustada a derecho, la misma se confirmará.

De otra parte, reclama el apelante que se hubiere tenido como extremo final una fecha diferente a julio de 2018, que fue hasta donde estuvo vinculado el operador logístico; como quiera que "…*si el contrato de operación logística y el operador logístico estuvo vinculado con mi representada … hasta mitad de julio de 2018, ya después obviamente*

digamos que no tendría razón de ser que haya sido en otra fecha, pues porque el señor si bien ese señor siguió vinculado con la Agencia de Servicio Logístico, pues ya no había una conexión o una vinculación de esa entidad con mi representada. Entonces, ahí, también debo decir que hubo una equivocación del despacho, al momento de valorar las pruebas documentales…".

En el presente asunto, ASL SA. señaló al dar respuesta a la demanda, que el vínculo con el demandante finalizó el 14 de febrero de 2019, que *"…Desde el 09 de julio de 2018, el demandante se encontraba bajo el artículo 140 del CST, por lo que sólo debía presentarse a firmar en nuestras oficinas y estar disponible en el evento de necesitársele para ejecutar alguna función…"* (respuesta hecho 5, fl. 195 PDF 01). Igualmente allego comunicación de fecha 13 de febrero de 2019, referenciada *"…Terminación de contrato de trabajo…"*, en la que la Directora de Talento Humano de ASL SA. le informa al demandante *"…que la empresa ha determinado según artículo 64 del código sustantivo de trabajo CST, dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo sin justa causa a partir del día **14 de Febrero de 2019**, al terminar su jornada laboral…"* (fl. 245 ibídem); siendo dicha fecha -14 de febrero de 2019- el extremo final tomado por la juzgadora de primer grado.

Así las cosas, no le asiste razón al recurrente, en cuanto a tomar una fecha distinta como de finalización de contrato; toda vez que la circunstancia que se le hubiere aplicado el artículo 140 del CST. tal proceder debe tenerse como un acto que deriva de **Bavaria S.A.** porque era con esa entidad con quien el demandante tenía la relación laboral y quien era su verdadero empleador y, en esa medida, ninguna injerencia debía haber tenido el operador logístico para tomar decisiones respecto de sus trabajadores como sucedió con el aquí demandante.

Y es que, aunque el demandante no asistió desde la fecha mencionada a las instalaciones de Bavaria S.A., ello obedeció a que una persona ajena al vínculo laboral decidió aplicarle el artículo mencionado que impone el pago de salarios sin prestación de servicios por su culpa y, por ende, esa responsabilidad se hace extensiva a Bavaria S.A., porque al tenor del artículo 32 del mismo código las actuaciones del representante obligan al empleador respecto de sus trabajadores tal como lo dispone el literal a) del aludido precepto.

Téngase en cuenta que, conforme al apartado legal citado, son representantes del empleador, además, quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita de éste; por lo que, es claro que si el demandante estaba vinculado a Bavaria S.A., por virtud de un contrato de trabajo que se generó por la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación contractual consagrado en el artículo 53 de la C.P., el hecho de que el operador logístico tomara decisiones sobre ese trabajador comportó, sin lugar a dudas, el consentimiento en lo concerniente a la aplicación del artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo sobre el pago de salarios sin prestación del servicio por culpa del empleador; sin que tal aspecto, lleve a considerar la terminación del contrato en la época referida por el recurrente; por lo que se confirmará la decisión en cuanto a tener como extremo final el 14 de febrero de 2019, conforme la carta de terminación que le fue expedida para tal efecto.

Otro aspecto de reparo, es que se hubiese aplicado la convención colectiva al demandante cuando no era trabajador de Bavaria S.A., y que tampoco se hubiere tenido en cuenta la prescripción de aquellas acreencias objeto de condena.

Al respecto, debe decirse que tampoco le asiste razón al apelante en cuanto a su inconformidad por la aplicación de la convención colectiva, pues como quedo analizado previamente, al declararse a Bavaria S.A. como el real y verdadero empleador del aquí demandante; y al acreditarse la existencia de la organización sindical SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA CERVECERA EN BAVARIA Y DEMÁS EMPRESAS CERVECERAS Y SIMILARES "SINALTRACEBA S.I.", así como la afiliación del trabajador a dicho organismo y que, éste suscribió convención colectiva con el empleador, lógico resulta inferir que la misma le es aplicable y por ende, el actor es beneficiario de las prerrogativas allí contenidas (Art. 470 CST, y cláusula segunda de la norma convencional, fl. 6, PDF 13).

Ahora, en cuanto a la prescripción que alega el recurrente, no hay lugar a considerar que las acreencias por las que se elevó condena se encuentran afectadas por dicha figura, como quiera que para el momento en que se presentó la

demanda, esto es el 20 de junio de 2017 (fl. 2 PDF 01); ni siquiera había finalizado el contrato del accionante, ya que ello ocurrió el 14 de febrero de 2019; menos aún había transcurrido el término trienal que consagran los arts. 488 del CST, y 151 del CPT y SS, respecto de los derechos aquí reconocidos, si tenemos en cuenta que la jueza aplicó la convención vigente para los años 2017-2019, allegada por la parte demandada(PDF 13).

Por último, repara el apelante que no se hubiere declarado probada la excepción de "compensación" que formuló en la contestación de la demanda, toda vez que *"…no puede desconocerse que si se tiene como intermediario a la Agencia de Servicio Logístico de mi representada, pues obviamente deben convalidarse todos los pagos que haya hecho el intermediario, y si el intermediario le hizo pagos de salarios, acreencias, vacaciones y demás, pues estás tienen que ser precisamente compensadas como si se hubieran hecho directamente por parte de mi representada, pues la virtualidad de un intermediario es precisamente que represente al empleador frente a sus trabajadores, y como la doctora está diciendo que hizo unos pagos, que fue intermediario, es decir que evidentemente aquí no está en discusión o no sea negado más bien que Agencia de Servicio Logístico le hubiera efectuado el pago de salarios, prestaciones, vacaciones y demás al propio demandante. …",* sin embargo, no es factible accederse a tal pedimento, como quiera que no se demostró que adicional a los haberes laborales que reconoció ASL al demandante cuando lo consideraba su trabajador; le pagara alguna otra suma diferente y que pudiere ahora tenerse en cuenta para compensar lo que adeuda Bavaria; pues precisamente surgen condenas porque no se le pagó al trabajador lo que legalmente le correspondía, conforme el acuerdo convencional; sin que pueda concebirse que hay lugar a compensar algún valor.

En los anteriores términos quedan resueltos los puntos de apelación; por lo que se confirmará la sentencia de primer grado al encontrarse ajustada a derecho; condenándose en costas a la parte apelante dado que no prosperó el recurso. Fíjense como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

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

RESUELVE

Primero: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, dentro del proceso Ordinario de Primera Instancia de **John Freddy Soto Ballesteros** contra **Bavaria S.A.,** acorde a lo considerado**.**

Segundo: COSTAS a cargo de la parte apelante. Fíjense como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

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

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,

JOSE ALEJANDRO TORRES GARCIA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA