TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA PROMOVIDO POR WILSON YOMAR JIMENEZ CARVAJAL contra BAVARIA S.A. y AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A. Radicación No. 25899-31-05-001-**2018-00205**-01.

Bogotá D. C. veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y la demandada Bavaria S.A. contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante instauró, el 24 de abril de 2018, demanda ordinaria laboral contra Bavaria S.A. para que se declare que entre dicha empresa y el demandante existe un contrato de trabajo a término indefinido, vigente desde el 22 de junio de 2015 hasta la fecha; que la empresa Bavaria S.A. debe mantener al actor en el mismo cargo de montacarguista u operario autoelevador que viene desempeñando dentro de sus instalaciones; que durante la ejecución de la verdadera relación laboral con Bavaria S.A., al actor no se le ha pagado el salario real asignado para el cargo de montacarguista u operario autoelevador de los trabajadores directos de la empresa, ni se ha tenido en cuenta dicho salario para la liquidación del auxilio de las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones, los aportes de la seguridad social en pensiones; que Bavaria S.A. suscribió un pacto colectivo vigente a la fecha de presentación de la demanda, aplicable únicamente con los trabajadores directos de la empresa; que la Agencia de Servicios Logísticos S.A. ejerce, sin autorización del Ministerio del Trabajo, intermediación laboral suministrando personal para labores permanentes característica y directamente relacionadas con el objeto social de Bavaria S.A.; que el demandante al ser contratado por un tercero para ejercer actividades

permanentes de Bavaria S.A., no estaba facultado para suscribir o adherirse al pacto colectivo de la empresa Bavaria S.A.; que a partir de la sentencia constitutiva del contrato realidad, se desprende la calidad de trabajador que ostentó el demandante directamente con Bavaria S.A., por lo que es beneficiario de las prerrogativas legales y extralegales de un trabajador de planta. Como consecuencia de las anteriores declaraciones pide se condene a Bavaria S.A. mantenerlo en el mismo cargo de montacarguista u operario autoelevador que viene desempeñando en sus instalaciones; el reconocimiento y pago de las diferencias salariales conforme al sueldo establecido para el cargo de montacarguista u operario autoelevador desde el 22 de junio de 2015 hasta que se haga efectiva la nivelación salarial; el reconocimiento y pago de la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes de seguridad social en pensiones, beneficios legales y extralegales; el pago de la indexación sobre cada una de las sumas dinerarias que resulten a su favor; al pago de las costas y agencias en derecho; y lo que se pruebe ultra y extra petita.

2. Como sustento de sus pretensiones manifiesta el demandante que se vinculó con Bavaria S.A. desde el 22 de junio de 2015 a través de la empresa intermediaria Agencia de Servicios Logísticos S.A., con un salario de $900.000 mensuales, que mediante otrosí subió a la suma de $1.200.000 para el mes de diciembre de 2015, siendo el mismo que recibió en el año 2018; señala que desempeña el cargo de montacarguista u operario autoelevador; considera que el montacargas que maneja es de propiedad de Bavaria porque tiene su logotipo en la silla y además la demandada a través de varios folletos ha manifestado que los montacargas son de su propiedad; indica que recibe órdenes diariamente de los jefes que son empleados directos de Bavaria S.A., cumple horario de trabajo, y dentro de sus funciones está la de cargar y descargar vehículos de propiedad de Bavaria S.A., así como alimentar sus líneas de producción, labor que es permanente; aduce que la empresa le informa que al manejar el montacarga dentro de las instalaciones de la compañía, su velocidad no puede superar los 10 kilómetros por hora, ni la altura de la carga los 20 metros; que el horario de trabajo que debe cumplir es publicado dentro de las instalaciones de la compañía, ubicada en Tocancipá Cundinamarca; que desde que entró ha desempeñado las mismas funciones, que su remuneración mensual la recibe por intermedio de la Agencia de Servicios Logísticos S.A.; dice que los trabajadores directos de Bavaria S.A. que desempeñan el mismo cargo devengan un salario superior por la misma labor; que durante la ejecución de la verdadera relación laboral con la empresa Bavaria S.A., no se le ha pagado el salario real asignado para los trabajadores directos de la empresa para el cargo de montacarguista u operario autoelevador, como tampoco, de

manera real, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones; refiere que la compañía Agencia de Servicios Logísticos S.A. ejerce, sin autorización del Ministerio del Trabajo, intermediación laboral, suministrando personal para labores permanentes, características y directamente relacionadas con el objeto social de Bavaria S.A.; que al ser contratado por un tercero para ejercer actividades permanentes de la empresa BAVARIA S.A., no está facultado para suscribir o adherirse al pacto colectivo de Bavaria S.A.; que en el mes de diciembre de 2017 hizo parte de la constitución de la subdirectiva del sindicato nacional Sintracergal y fue nombrado como tesorero de la junta directiva por ser un sindicato de industria, y también se afilió al sindicato Sinaltraceba.

3. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante auto del 7 de junio de 2018, requirió a la parte demandante para que determinara la competencia, ya fuera por el domicilio de la demandada o por el lugar de la última prestación del servicio (pág.67 PDF #01); lo que acató el actor el 14 de junio de 2018 y, por tanto, mediante auto de fecha 2 de agosto de 2018 el despacho admitió la demanda en contra de Bavaria S.A., vinculó a la Agencia de Servicios Logísticos S.A., y ordenó notificarlas (pág.68-69 PDF #1), diligencias que se cumplieron el 26 de septiembre de 2018 con respecto a la Agencia de Servicios Logísticos S.A. (pág. 76 de PDF 01), y el 24 de octubre de 2019 por parte de Bavaria S.A (pág. 134 PDF #1).

4. La Agencia de Servicios Logísticos S.A., el 16 de octubre de 2018 dio contestación a la demanda (págs. 86 a 93 PDF #1); sin embargo, por encontrarse fuera de término, el juzgado la tuvo por no contestada, según auto proferido en audiencia del de que trata el artículo 77 CPTSS, celebrada el 2 de septiembre de 2020.

5. La demandada Bavaria S.A., el 8 de noviembre de 2019, por intermedio de apoderado judicial, dio contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos los negó en su mayoría y los demás dijo no constarles; señaló que el demandante nunca ha sido trabajador de Bavaria S.A. ni ha sido vinculado a través de la Agencia de Servicios Logísticos, compañía esta que nunca sirvió como intermediaria, toda vez que actuó fue como operador logístico de ella; por ende, no le constan los hechos que hacen alusión a la celebración del contrato, salario pactado, ni el que hace referencia a la manifestación que tiene que ver con la presunta constitución de una subdirectiva sindical de la organización Sintracergal, tampoco la que tiene que ver con el nombramiento del actor en otro sindicato de nombre Sinaltraceba. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de las

obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción e inexistencia del contrato de trabajo (pág. 148 a 165 PDF #1)

6. Con auto del 30 de enero de 2020 se tuvo por contestada la demanda por Bavaria S.A. (pág. 212 PDF#1.), señalándose como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 18 de junio de 2020, diligencia que no se realizó en dicha oportunidad debido a la emergencia sanitaria generada por el virus Covid-19; luego, en atención al levantamiento de la suspensión de términos dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, con auto del 8 de julio de 2020 se reprogramó la audiencia para el 2 de septiembre de 2020; en ella, se ordenó dar aplicación a las consecuencias procesales del art. 77 de CPTSS ante la inasistencia del demandante; igualmente, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Agencia de Servicios Logísticos S.A., al omitirse ese pronunciamiento en auto del 30 de enero de 2020; se declararon no probados los hechos soporte de la excepción previa denominada inepta demanda por falta de requisitos formales; seguidamente se decretaron pruebas, y se señaló el 4 de marzo de 2021 para la audiencia del artículo 80 CPTSS.

7. La Juez Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, en sentencia proferida el 4 de marzo de 2021, declaró que entre el demandante Wilson Yomar Jiménez Carvajal y la sociedad Bavaria S.A. existió un contrato de trabajo que estuvo vigente desde el 22 de junio del año 2015 hasta el 23 de febrero del año 2018; condenó a Bavaria S.A. a pagar al demandante la suma de $3.061.863 como diferencia salarial, de conformidad con la convención colectiva suscrita por Sinaltraceba de la cual era beneficiario el aquí demandante, vigente desde el 1 de septiembre del año 2017; condenó a Bavaria S.A. en costas y fijó como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Absolvió a ASL S.A. de todas las súplicas de la demanda.

8. Frente a la anterior decisión, los apoderados del demandante y de Bavaria S.A., interpusieron recurso de apelación, así:

8.1. **El demandante**, manifiesta: *"siendo el momento interpongo recurso de apelación en los siguientes términos tras la sentencia dada por el Despacho; me permito sustentar mi recurso de apelación en los siguientes términos: Solicito a los honorables magistrados que teniendo en cuenta en la condena que se hace de las diferencias salariales por él en la convención colectiva que benefició aquí a mi representado Wilson Yomar Jiménez donde el despacho dice que fue vinculado a partir del 22 de diciembre del 2017 y que el extremo final es el 23 de febrero del 2018, en ese sentido solicitó que esa condena se extienda hasta la fecha de la desvinculación del señor Wilson Yomar Jiménez que fue el 2 de diciembre del año 2019 como lo manifestó él, el día de hoy, en el interrogatorio que fue absuelto. Aclaró, si bien es cierto el señor inició el 22 de junio del año 2015 a él le aplicaron en el mes de julio del año 2018 el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo*

como lo manifestó también el testigo Manuel Rodríguez, que un día llegaron en esa fecha en el mes de julio llegaron y no los dejaron ingresar a la empresa Bavaria porque la orden era que a partir de esa fecha no puedan ingresar y les entregaron unas cartas y a mi representado le manifestaron que le daban aplicación a esté artículo, él estuvo con la aplicación del artículo 140 como lo reiteró hasta el 2 de diciembre del año 2019 donde el mismo lo manifestó, ¿por qué no se le informó al despacho o no se hizo la reforma en su momento? porque si bien es cierto la empresa Bavaria dio contestación a la demanda sólo hasta 8 de noviembre del año 2019 al dar contestación a la demanda el 8 de noviembre del 2019 no había lugar a reformarla, toda vez que para esa fecha no había ningún hecho nuevo que se pudiera dar a conocer al despacho porque mi representado siguió vinculado casi un mes más y sólo hasta el 2 de diciembre lo desvincularon o lo despidieron de su cargo, entonces por esto, por esta aclaración, teniendo en cuenta que el despacho da como extremo laboral el 23 de febrero del 2018 que igual no coincide con la fecha de presentación de la demanda la fecha presentación de la demanda fue el 23 de abril del 2018 entonces ahí en los hechos de la demanda se hablaba o se manifestó que mi representado actualmente era trabajador de Bavaria a través de su intermediaria ASL entonces yo sí solicito a los honorables magistrados que se tenga en cuenta y se revise el interrogatorio dado por el demandante donde manifestó que fue desvinculado el 2 de diciembre 2019 y en el mismo sentido se reliquide la diferencia salarial sobre el valor real que estaba de su salario su jornal que eran de ochenta y ocho mil seiscientos pesos diarios $88.601 pesos diarios que equivale a $2.658.030 y que no sea como extremo final el 23 de febrero del 2018 sino el 2 de diciembre del 2019 por eso honorables magistrados solicito en este sentido se revoque o se modifique la sentencia en este sentido.

8.2. A su turno, Bavaria, expone que *"Con todo respeto, manifiesto al despacho que interpongo recurso de apelación para ante la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en todo lo desfavorable a los intereses de mi representada, el recurso lo sustento en los siguientes términos, en primer lugar debo destacar, que pues no estoy de acuerdo con las consideraciones del despacho en lo que tiene que ver con declarar el contrato realidad entre el demandante y mi representada desde el 22 de diciembre de 2017 al 23 de febrero de 2018, esto es que no estoy de acuerdo en que se haya, el despacho haya indicado que existió una verdadera relación laboral durante ese interregno y tengo que empezar por manifestarle al despacho que en primer lugar el despacho no desconoce la existencia del contrato de operación logística y evidentemente no la desconoce porque además de que es una prueba calificada que reposa en el expediente ese contrato no fue objeto de ningún ataque por parte del demandante, el contrato goza de plena validez y es un contrato que mi representada hizo con la agencia de servicios logísticos como evidentemente lo reza el artículo 34 del Código Sustantivo del trabajo que fue modificado por el 3º del decreto 2351 de 1965 y que habla de los contratistas independientes y ciertamente como lo dice la norma en su numeral primero son contratistas independientes y por tanto verdaderos patronos 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 unos terceros, yo tengo que decirle al despacho que evidentemente el despacho hace una alusión a la norma del artículo 34 pero en mi opinión la aplica de manera equivocada cuando valora las probanzas recaudadas en el proceso porque además de que el contrató goza de plena validez el despacho se equivoca porque el despacho dice que es que Bavaria no suelta en ningún momento la operación o la tercerización o que un control y eso no es cierto, el despacho se equivoca porque el*

señor Néstor Segura que es quien inicialmente el Juzgado cimenta su consideración que mi acudida tiene el control permanente, el señor Néstor segura dijo que se hacían unas reuniones y él en principio dijo que eran todos los días o después dijo mire si ellos no nos citan a reunión, nosotros citamos a alguna reunión porque nosotros, porque él explicaba, que evidentemente la operación logística tiene una manera de desarrollarse, el operador logístico tiene completa autonomía administrativa y financiera y el despacho, creo que se equivoca porque el señor Néstor Segura si explicó exactamente incluso como era la estructura organizacional de la agencia de servicios y el señor Néstor segura contó quienes eran digamos el nivel directivo y cómo era esa pirámide jerárquica dentro de la agencia de servicios logísticos y quién más para contarlo que él o Gloria Patiño pues porque son trabajadores directos de ese operador logístico por supuesto tiene que haber una coordinación o una llamémoslo así una especie de interventoría o supervisión del contrato del desarrollo del contrato de operación logística por parte de la compañía pero eso no significa que la empresa estuviera poniéndole la talanquera o ejerciendo un control de tal manera que lo único que se pudiera pensar es que la agencia de servicios logísticos y sus trabajadores como el señor Néstor Segura o como la señora Gloria Patiño eran unos representantes de Bavaria eso no es cierto y ahí yo respetuosamente disiento de las consideraciones del despacho porque por el contrario y ya se dijo y se ha dicho mucho incluso en los salvamentos de voto del doctor Javier Fernández magistrado de la Sala Laboral del Tribunal de Cundinamarca en esta clase de procesos y es que el habla incluso de misma libertad de empresa que ejerció puntualmente la agencia de servicios logísticos, el despacho no tuvo en cuenta por ejemplo que Néstor Segura cuando yo lo indagué y le dije cuántos contratos de operación logística tenía la agencia de servicios logísticos dijo tiene muchos en el país y dijo tiene este tiene uno en Cali y bueno mencionó como unas, no recuerdo el número de ciudades pero mencionó varias y es que menciona varias porque es una empresa cómo se dice utilizando palabras muy de moda, que tienen músculo financiero y el músculo financiero le da para poner a desarrollar un contrato de operación Logística y le da para poner, para encargarse de una operación logística que es ajena en realidad al objeto social de la empresa pero que la empresa como lo explicó la doctora Isabel Bedoya la empresa tercerizada esa serie de actividades que no tienen que ver directamente con el objeto social de la empresa, no es que la cadena de producción como dice el despacho, esté relacionado todo en relación con la cadena de producción; no, no es cierto, pero es que Bavaria es experta en hacer bebidas y en hacer las actividades que establece el objeto social de la empresa pero estas actividades de logística, Bavaria no es experta en eso y por esa razón el juzgado se equivoca porque desestima lo que cuenta la misma representante legal que coincide con lo que dice el testigo Néstor Segura que coincide con lo que está en la prueba documental y el objeto del contrato de operación logística, que es que por eso se terceriza la operación logística, porque es una actividad distinta y el hecho de que yo tercerice una actividad distinta no significa entonces que se vuelva una rueda suelta, tampoco que tenga el control porque Bavaria no tiene el control del contrato operación logística, y tan es así que claramente lo explicó el señor Néstor Segura incluso la misma Gloria Patiño cuando ellos explicaban cómo se desarrollaban incluso en las actividades adentro; es más, es que el juzgado no desconoce el tema de la tercerización, lo que pasa es que el juzgado de lo que se duele es que presuntamente Bavaria tiene ese control y que por eso no deja a Agencia de Servicios Logísticos ejercer un contrato directamente cuando eso no es cierto, cuando Bavaria aquí quedó demostrado que una cosa es que es que es natural que haya una reuniones entre un operador logístico y la empresa que lo contrata y en este sentido yo sí quiero llamarle la atención a los

honorables magistrados que la jurisprudencia ha sido flexible porque aquí no se está simulando nada, es que una cosa es la simulación de los contratos y otra cosa es que el desarrollo de una operación logística permita que haya una llamémoslo así un seguimiento, no, ni seguimiento, como una coordinación porque es que, y lo digo que la jurisprudencia ha flexibilizado muchos de estos temas porque ha entendido cuál es la intención y la realidad del desarrollo de esta clase de contratos, aunque se trata de un tema que no es precisamente una operación logística, yo pongo un ejemplo valga la redundancia por ejemplo una decisión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no tengo aquí la referencia pero se la aportaré oportunamente a los magistrados, donde el doctor José Roberto Herrera Vergara explicando cómo se desarrolla un contrato de prestación de servicios decía, y la Sala estuvo completamente de acuerdo, eso una sentencia del año 99 que en mi opinión es un precedente muy importante, porque dice, porque se trata de un par de relaciones de carácter civil, la operación logística y un contrato de prestación de servicios y decía en su momento, el honorable magistrado decía es que quedó y quedo plasmado en la sentencia, es que el hecho de que el contratista vaya las instalaciones del contratante no significa perderse que exista una relación de carácter subordinada o que exista una relación donde se pueda estructurar los elementos de la relación laboral y si eso se dijo, la jurisprudencia en su momento lo dijo, para efectos de ese contratista o de esa clase de contrato, finalmente es un contrato civil de prestación de servicios que en lo que tiene que ver con el contrato operación logística, en estricto sentido es lo mismo porque es un contrato civil o comercial que no permite, por eso traigo a colación y manera de ejemplo esta sentencia de la Corte porque es que el operador Logístico entonces no puede ser una rueda suelta para que diga, para que se estime por parte de la justicia que es que el contratante tiene es controlado al operador logístico y eso no es cierto y de manera espontánea y veras por eso el señor Néstor Segura dijo y contó cómo se hacían las cosas, reiteró incluso dijo no es que nosotros éramos los que los llamábamos y ellos miran pues una serie de indicadores, claro, tienen que mirar una serie de cosas porque Bavaria no es experto en eso si fuera experto, hace lo que hace, con las actividades propias del objeto social de la empresa, contrata directamente a la gente pero lo que se puede tercerizar no es ni por simular ni por evadir sino porque la ley así lo permite la jurisprudencia lo ha permitido de todas las altas cortes lo ha permitido, entonces el principio de la primacía de la realidad tiene que verse incluso desde el punto de vista mercantil no solamente desde el punto de vista laboral desde el punto de vista mercantil y ahora sí vengo a hablar del caso concreto del señor y es que el señor Néstor Segura, del señor me refiero al demandante pero el señor Néstor Segura y la Testigo Gloria Patiño, ellos expresamente dijeron varias cosas una, dijo Néstor Segura que duró un tiempo trabajando en esa operación logística y acá tengo que hacer un paréntesis para decirle al juzgado que no es cierto que Néstor segura lleve 22 años casi que de manera ininterrumpida como lo dijo el juzgado, no, él contó, dijo, mire yo me retiré en un tiempo volvía, dijo trabaje con Sedial, me fui, después vino Sedial que era una empresa que la había contratado creo que Supla porque incluso menciono que Supla y que él se fue, volvió, volvió y se fue y volvió, pues es que, lo que es el desarrollo de sus actividades como persona del señor Néstor Segura y lo que es el desarrollo de las actividades de la señora Gloria Patiño para efectos de lo que se está debatiendo en el contrato en el presente litigio eso no tiene como tal incidencia si llevan 20 años 30 años 5 años vinculados a los operadores logísticos porque de ser así entonces la jurisprudencia nacional habría cambiado su criterio en cuanto a que el contrato de trabajo a término fijo se puede renovar indefinidamente y entonces después determinado número de renovaciones se vuelve a, perdóneme, que el contrato de

trabajo término fijo se puede renovar indefinidamente y que entonces después de determinado número de renovaciones se vuelve a término indefinido y eso no eso no es cierto y eso no ha pasado y lo traigo también a manera de ejemplo porque si el contrato de trabajo yo lo puedo renovar a término fijo indefinidamente y no cambia su naturaleza jurídica, y lo traigo a manera de ejemplo, pero para decirle a cada al despacho y a los honorables magistrados que independientemente de que el señor Néstor Segura llevará tantos años con un operador logístico o la señora Gloria Patiño que lleve 6 años, 3 años con uno y 3 años con otro, eso no tiene ninguna incidencia en este proceso más cuando eso no es lo que es objeto del debate. El objeto del debate no es, si la señora Gloria Patiño lleva cuántos años vinculada a un operador logístico o el señor Néstor Segura otro tanto vinculado a un operador logístico, eso no tiene nada que ver, ellos son es terceros en este proceso. Entonces a quién más que a ellos les consta lo que ocurrió con el demandante, Gloria Patiño dijo que ella lo conocía, dijo claro "cómo no me voy a acordar si es que uno se acuerda de los nombres de la gente lo que pasa es que yo seguramente no lo tuve subordinado a mí pero yo me acuerdo yo lo vi" por eso yo le dije pero usted lo presenció directamente, dijo, "claro yo presenciaba el hacía esto él estuvo en determinadas áreas", que coincide su declaración con lo que dice el mismo Néstor Segura que es que evidentemente, es más ellos dijeron, que los representantes, mencionaron a una señora Santisteban mencionaron a bueno mencionaron a dos o tres personas más que para efecto de, digamos, de la celeridad pues no me voy a detener en los nombres pero estas personas, el juzgado no desconoce que, estas personas también hubieran laborado para Agencia de Servicios Logísticos y evidentemente esas personas a las que se refería Gloria Patiño y Néstor Segura y resulta que ellos eran los que les daban las órdenes al demandante y eso lo dijeron ellos mismos, Gloria Patiño dijo es que a mí, me consta, es que el Juzgado no controvierte que Gloria Patiño y Néstor Segura hubieran estado en el desarrollo del contrato de la operación lógica, lo que el juzgado y de lo que se duele el Juzgado es que Gloria Patiño dijo que ella seguramente no lo tuvo, digámoslo así abro aquí unas comillas para decir o un paréntesis para "decir es que no fue trabajador mío" por decirlo de alguna forma pero Gloria Patiño lo vio ejerciendo las funciones Gloria Patiño y Néstor Segura contaron quién le entregaba las dotaciones al demandante quien le pagaba sus salarios, como era el proceso de vinculación del demandante con la Agencia de Servicios Logísticos, es un tema que quedó plenamente acreditado y esa declaración de ellos coincide con las pruebas que reposan en el expediente como el contrato de trabajo, los desprendibles de pago, de los aportes al sistema de seguridad social para citar algunas de las muchas que existen en el expediente; a ellos les constaba directamente el juzgado no desconoce que Gloria Patiño y Néstor Segura fueran trabajadores de la Agencia de Servicios Logísticos y no lo podría desconocer porque además de que no está discutido en el contrato pues nadie dijo que ellos trabajaran para Bavaria directamente eso no se ha discutido, luego ellos son trabajadores directos, conocían sabían que el demandante tenía que tiene que presentarse a turnos, tenía que, es más el señor Néstor Segura dijo hasta donde era el alcance de las actividades del propio demandante lo dice claramente en su declaración, Gloria Patiño hizo lo propio y lo que yo estoy diciendo coincide y le voy a decir que no está demostrada la prestación del servicio del demandante directamente para Bavaria con lo que confesó el propio demandante en sus respuestas, cuando yo le pregunte y le dije bueno y estos señores los ingenieros de Bavaria como son, el ingeniero Didier Mora como son, una serie de ingenieros que siempre vienen a mencionar los mismos testigos y vienen a decir que es que estos ingenieros eran los les daban órdenes, le daban instrucciones, les daban una cosa, les daban otra, el señor demandante por eso vuelvo y repito,

desvirtuó la prueba testimonial recaudada en favor del propio demandante y por eso yo estimo que sí es procedente la tacha de los dos testigos que yo hice, porque al único que se refirió en realidad fue al señor William Pereira se refirió el demandante, cuando le pregunté por uno de ellos que se llama, de apellido Navarro dijo, esporádicamente hablamos que presuntamente por allá como que prendían el radioteléfono y entonces el ingeniero decía algo así como que utilizaba pues palabras coloquiales seguramente que utiliza el ser humano en el día a día en estos tiempos, y que era que le habían pedido el favor que el señor y que el ingeniero Navarro era el que le había pedido el favor y resulta que esto que dijo el demandante aunque no es cierto porque incluso la misma doctora Isabel Bedoya representante legal de Bavaria lo dijo y lo expresó claramente a través del contrato, perdóneme, claramente a través de la prueba interrogatorio de parte, ella dijo, la doctora Isabel Bedoya dijo dónde estaba asignado cada uno de ellos para las fechas en que los testigos vieron a decir aquí que era que estos ingenieros de Bavaria estaban en la planta, que eso no es cierto y la misma doctora Isabel Bedoya, dice la doctora Isabel Bedoya, es que yo me di a la tarea de buscar donde era que estaba asignadas estas personas y ninguno de ellos coincide con esto, entonces, de estos 1, 2, 3, 4, con 4 o 5 ingenieros de los que hablan los testigos fueron controvertidos por el demandante por lo menos en 4 de esos nombres, quedando solamente uno que era un señor de apellido Navarro pero que la doctora Isabel Bedoya dice mire es que ese señor ni siquiera estaba aquí, estaba en otro sitio; entonces qué dice eso, que los testigos no dijeron lo que era cierto, lo que había ocurrido y que evidentemente su declaración es parcializada y que evidentemente los testigos de la parte demandante debía contra ellos prosperar la tacha que yo propuse porque las propuse evidentemente porque es con pleno convencimiento de que ellos quieren es favorecer los intereses demandante porque ambos claro, el primero de los testigos Omar Eduardo Martínez ya terminó su proceso pero es que el segundo señor todavía tiene proceso andando, entonces el señor tiene proceso el señor Rodríguez creo que es Manuel Fernando Rodríguez Bernal continúa su proceso que está en este momento en la laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, entonces señoría y quiero decirle a los honorables magistrados que en mi opinión el juzgado si se porque se declara una existencia de un contrato de trabajo que no existe no es cierto que se haya demostrado la subordinación, no es cierto que se haya mostrado la dependencia del demandante para Bavaria, es más que están así que el juzgado ni siquiera y creo que el Juzgado tácitamente me la razón a mi porque el juzgado no le hace un análisis pormenorizado a las declaraciones de Omar Eduardo y de Manuel Fernando, claro, habla de ellos pero el juzgado no hace una declaración como si vino a verificar y a establecer o a hablar o a analizar los testigos presentados por Bavaria el día de hoy; entonces, yo lo que creo que es que el juzgado se equivocó al valorar todas las pruebas recaudadas en el plenario; si las hubiera valorado en debida forma y si se hubiera aplicado en realidad el principio de la primacía de la realidad, se habría percatado que Bavaria en ningún momento ha simulado ninguna clase de contratos, se habría percatado que Bavaria simplemente fue el contratante y que la Agencia de Servicios Logísticos tenía plena autonomía administrativa y financiera para el desarrollo del contrato de operación logística para contratar al demandante para desarrollar la labor con él y obviamente para tomar las determinaciones que estimara convenientes cuándo y hasta cuándo estimó que haya laborado para la Agencia de Servicios Logísticos, pero no para Bavaria, entonces aquí viene el primer reparo, el reparo mío, más bien en relación con el contrato, con el contrato realidad declarado el día de hoy en mi opinión, respetuoso naturalmente por las decisiones del despacho, pero estimo pues infundado para esos efectos, sin perjuicio de lo anterior y pues obviamente solicitando que se revoque lo que tiene que ver o en lo

desfavorable a los intereses de mi representada de todas maneras debo decir que el juzgado, se equivocó al momento de imponer una condena dineraria, económica a mi representada y se equivoca el juzgado por lo siguiente, porque el juzgado dice es que hay una prueba que acredita que el demandante fue afiliado a la organización sindical Sinaltraceba y yo quiero decirle a los magistrados que el despacho se equivoca porque lo que lo que habla el hecho 28 de la demanda que fue mal estimado por el despacho es que mi prohijado abro comillas "en el mes de diciembre del año 2017 hizo parte de la constitución de las subdirectivas de Sindicato Nacional Sintracergal y fue nombrado como tesorero de la Junta directiva por ser un sindicato industrial, también se afilió a Sinaltraceba y si, dice el hecho veintinueve que se afilió a Sinaltraceba, pero en las pretensiones de la demanda el demandante no solicita que se le aplique la convención colectiva de trabajo, en ninguna de las pretensiones de la demanda, el demandado lo que está pidiendo es que se le apliquen los beneficios del pacto colectivo y yo en eso sí estoy de acuerdo el despacho en que el demandante no es beneficiado del pacto colectivo y en esa medida el demandante el demandante, no es beneficiario del pacto colectivo y tampoco había lugar a aplicar los beneficios de la convención colectiva de trabajo y le voy a decir al despacho y a los honorables magistrados porque dentro de las pretensiones de la demanda que además se encuentran las declarativas y lo que dicen en relación con su cargo, dice que la pretensión número dice, la pretensión novena se declara que la empresa Bavaria suscribió un pacto colectivo vigente a la fecha de presentación de esta demanda aplicable únicamente con los trabajadores directos de la empresa pero no pide en ningún momento que le den aplicación a la convención colectiva de trabajo, luego, en mi opinión el despacho se equivoca porque aplica o más bien entre comillas accede a una petición que el demandante no estaba reclamando y el demandante debió reclamar su momento la aplicabilidad de los beneficios de la convención colectiva como para pensar siquiera que era que podría eventualmente ser beneficiario de la convención colectiva de trabajo, entonces tengo que decirle al despacho que evidentemente si se piden los beneficios del pacto colectivo, si el despacho evidentemente tiene en cuenta que el demandante no es, no puede ser beneficiario de los beneficios del pacto colectivo, perdón la redundancia, pues mucho menos, puede acceder a la pretensión de aplicarle los beneficios de una convención colectiva cuando no los está reclamando, lo que pasa es que a mí me toca aportarlos porque el despacho me requiere y me dice no señor aporte porque eso fue lo que se pidió en la demanda pero eso no significa ni tampoco, ni mucho menos que es que la parte demandada este accediendo a que evidentemente el demandante fuera beneficiario de los beneficios de la convención colectiva de trabajo, incluso, la parte demandante en el numeral sexto de las pruebas documentales que aporta la parte actora dice: copia de copia de la certificación de afiliación del demandante a la organización sindical Sinaltraceba y luego dice que constancia de registro de la organización sindical Sintracergal. Y si bien, la parte actora reitero hace énfasis en la certificación de afiliación del demandante a la organización sindical Sinaltraceba, la parte demandante no reclamó los beneficios de la convención colectiva de trabajo, y aunque el juzgado tenga que interpretar la demanda en muchos aspectos como evidentemente puede ocurrir, para este caso no, porque las peticiones tienen que ser solicitadas de manera expresa o si no significa que la parte actora en este caso no estaba persiguiendo la aplicabilidad de los beneficios de una convención colectiva de trabajo; en esos términos, dejo sustentado el recurso de apelación para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y solicito a los honorables magistrados que se revoque la sentencia en todo lo desfavorable a los intereses de mi representada y obviamente a través del recurso que acabo de sustentar hoy. Gracias su señoría."

9. Recibido el expediente digital, se admitieron los recursos de apelación mediante auto del 15 de marzo de 2021.

10. Luego, en atención a lo establecido en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con auto del 23 de marzo de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual la demandada Bavaria S.A. alegó de manera extemporánea, pues dicho término se surtió entre el 7 y el 13 de abril, y el escrito fue presentado el 14, razón por la cual no se tendrá en cuenta.

11. En sus alegatos de conclusión, el demandante señala en síntesis que el juzgado de primera instancia está incurriendo en una desacertada valoración probatoria pues con el testimonio de Omar Eduardo Martínez Aparicio se probó que dentro de la estructura de Bavaria S.A. se tiene considerado el cargo de operador de autoelevador montacargas, equivalente al cargo de operador de montacargas con un salario muy superior al que él devengaba por la prestación de las mismas funciones; indica que con las convenciones colectivas se acreditó que fueron celebradas por la demandada Bavaria S.A. y en ella se estableció el salario para dicho cargo, el cual es mucho más cuantioso que el que el recibía desde el inicio de la relación laboral con Bavaria S.A., desde el 22 de junio de 2015 y no desde la suscripción de la convención colectiva con la organización sindical; y hasta la fecha de su desvinculación que lo fue el 2 de diciembre de 2019. *"por lo cual debió aplicarse el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y la primacía de la realidad sobre las formas y NO como desatinadamente lo estimo el JUZGADO (01) LABORAL DEL CIRCUITO DE ZIPAQUIRÁ",* agrega que en ese sentido la Corte Suprema de Justicia Sala de descongestión Laboral No. 4 magistrada ponente Ana María Muñoz Segura en sentencia SL2032-2019, radicado 58879, dispuso: *"Con todo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 reiterada en providencia CSJ SL4337-2018, la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7° de la Ley 1496 de 2011 -según la cual «[…] todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación»-; la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva."* Y que por tanto, el empleador está llamado a justificar las presuntas diferencias que se evidencien respecto de la labor que dos trabajadores realicen en similares condiciones, no solo desde la expedición de la Ley 1.496 de 2011 sino desde la redacción original del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el principio adoptado de antaño por la

Corte relacionado con la carga dinámica de la prueba e indica que *"Ello, no obstante, no supone que el interesado esté relevado de demostrar inicialmente la situación que reputa discriminatoria, para poder dar paso con ello, a las justificaciones que deba asumir el empleador." (negrilla y subrayado fuera del texto original)";* también, cita el contenido del artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011 y refiere "*Por lo cual y conforme fue señalado en la argumentación del recurso de apelación en aplicación de la institución jurídica de la carga dinámica de la prueba, la entidad BAVARIA S.A., estaba en la obligación de acreditar las razones de la diferenciación salarial, carga probatoria con la que no se cumplió máxime cuando este extremo procesal con ladeclaración testimonial surtida en la etapa probatoria y los demás medios de prueba acredito los indicios generales como el cargo, funciones y la desigualdad salarial injustificada del señor WILSON YOMAR JIMENEZ CARVAJAL, luego entonces al no mediar ninguna prueba siquiera sumaria que acredite alguna razón o causal objetiva de la diferenciación salarial máxime cuando mi prohijado se encontraba sindicalizado ytaxativamente la norma prohíbe la desigualdad salarial por ese aspecto".* Continúa en su exposición y refiere que frente a la existencia del contrato realidad que medió entre el demandante y la sociedad Bavaria, solicita tener en cuenta que, contrario a lo señalado por el apoderado de Bavaria S.A., dentro del proceso quedó más que acreditada la prestación de los servicios del señor WILSON YOMAR JIMENEZ CARVAJAL a favor de la verdadera y única empleadora, por lo cual debe aplicarse la presunción del artículo 24 del CST., y que también "*En el transcurso del proceso con los diferentes medios de prueba se demostraron sin lugar a dudas los actos de subordinación ejecutados por la sociedad BAVARIA S.A., frente a mi representado tales como entrega de elementos de trabajo y de protección personal, órdenes por trabajadores directos de la compañía, instrucciones por personal de BAVARIA S.A., permisos laborales, imposición de horario de trabajo, implementación de turnos rotativos, verificación de ingreso y de salida, y la supervisión permanente ejercida por los ingenieros, jefes y supervisores de la verdadera empleadora BAVARIA S.A., frente a mi prohijado de lo que dieron cuenta de forma contundente, verídica y consistente por parte de los testimonios traídos al estrado judicial por este extremo procesal. De igual forma Honorables Magistrados no fue objeto de probanza en este litigio como erradamente lo pretende hacer ver el apoderado de BAVARIA S.A., que entre las codemandadas existiera un ejercicio de coordinación en el marco de un contrato civil, sino todo lo contrario lo que demuestran el material probatorio precisamente es que la injerencia, intromisión, decisiones, determinaciones, ordenes e instrucciones emitidas por BAVARIA S.A., frente a mi representado y todo el personal que ejercía el cargo y funciones de Montacarguista u Operario Autoelevador, excede cualquier tipo de marco normativo y legal de un verdadero contrato civil o cualquiera que fuerasu naturaleza y ponen de presente que en realidad entre las codemandadas existió una tercerización laboral que por demás está prohibida en el territorio nacional, encubriendo de esta manera la existencia de un verdadero contrato de trabajo con mi prohijado."* Finalmente, solicita en cuanto a los numerales primero y tercero, se confirme la sentencia de primera instancia por encontrarse totalmente ajustada a derecho "*máxime cuando se soporta la providencia judicial en el abundante material probatorio que reposa en el plenario.*" Y pide a la Sala, revoque

parcialmente el numeral segundo de la citada sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de sustentar el recurso de apelación ante el juez de primer grado, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de los propuestos en esa oportunidad, ni los que sean esbozados en los alegatos de conclusión dentro del trámite de segunda instancia.

Hechas esas precisiones, los problemas jurídicos por resolver son: *i)* Determinar si entre el actor y la demandada Bavaria S.A. existió un verdadero contrato de trabajo, o si este se surtió con la otra demandada*; ii)* De ser así, dilucidar si es viable la condena impuesta por el juzgado, o si no hay lugar a la misma por cuanto el demandante no reclamó la aplicación de la convención colectiva de trabajo, en la que se fundamentó la jueza*; iii)* si corresponde extender la condena más allá de la fecha final señalada en el fallo recurrido, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo terminó el 2 de diciembre de 2019 y no el 23 de febrero de 2018; y *iv)* si para hacer la nivelación o ajuste se aplicó el salario que correspondía de $2.658.030.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que el demandante efectivamente prestó unos servicios personales como operador de montacargas o autoelevador en las instalaciones de la planta de la empresa Bavaria S.A. ubicada en el municipio de Tocancipá -Cundinamarca, y que esta empresa tenía un contrato de operación logística con la Agencia de Servicios Logísticos, en cumplimiento del cual aquel prestaba sus servicios personales.

La a quo al proferir su decisión consideró que la Agencia de Servicios Logísticos ASL no fungió como un verdadero empleador sino como un intermediario en la medida que no hay una verdadera tercerización *"podría el despacho concluir que lo que dice Bavaria S.A. de que está tercerizada la operación logística del centro de distribución de conformidad con el contrato de operación logística es como el decidir parte del proceso pero ponerlo en cabeza de otro sin realmente soltar el proceso y por el despacho evidencia que toda la cadena productiva al no ser debidamente desligada del control de Bavaria está íntimamente relacionado con la ejecución de los que hace Bavaria tanto que, de acuerdo con el contrato de operación logística Bavaria recibe los bienes en comodato en comodato precario, y esto lleva necesariamente a concluir para este estrado Judicial que al no desprenderse Bavaria realmente de*

la operación, esta situación resta realmente autonomía al operador logístico, situación que va más allá de lo que para este estrado judicial podría ser un simple o una simple coordinación más lo que para este estrado judicial podría ser un simple una simple coordinación en la medida que no puede hablarse acá de una coordinación o una interventoría de un contrato ¿por qué? porque todos los días, de acuerdo con los probado en el presente proceso, la cabeza del operador logístico, en este caso de acuerdo como lo que se prueba en el proceso el señor Néstor Segura, estaba recibiendo directrices, todos los días se hacían reuniones, todos los días la cabeza del operador logístico tenía que estar rindiendo cuentas al cliente. Ahora bien, esto lleva necesariamente a concluir y no merece credibilidad el hecho que se tuviesen, vuelve y se repite, ingenieros directos de Bavaria desde una oficina mandando correos única y exclusivamente, nótese como en producción de líneas, dice el señor Néstor Segura que también les pasaban un programa de producción en líneas, así como los programas propios para de acuerdo con el cliente de acuerdo con la programación que ellos tenían. Ahora bien, ¿qué se evidencia? Que existe una estructura operacional a partir de ese de lo que en este caso se evidenciaría del cargo del señor Néstor Segura hacia abajo finalizando entonces con los cargos de inferior jerarquía en este caso el operador de montacarga, cargo que necesariamente hace parte del andamiaje productivo de Bavaria, en este proceso Bavaria ha pretendido mostrar que lo que hubo fue una tercerización de este proceso de logística que no le es inherente…"; indicó que aunque la tercerización en los términos del artículo 34 CST es procedente, en este caso no se da porque ASL no tuvo la suficiente autonomía operacional puesto que Bavaria tiene completa injerencia respecto ASL en la operación a diario *"requerimientos diarios, reuniones diarias con la cabeza del operador logístico y no solamente eso, también haciendo presencia los ingenieros de Bavaria en las reuniones que se hacían al inicio de cada uno de los turnos…"*. Refiere la Jueza en sus consideraciones que, aunque el testimonio de Omar Eduardo Martínez Aparicio fue tachado, lo mismo que el otro testimonio de la parte demandante, quienes efectivamente tienen o han tenido procesos en contra de la demandada, el despacho evidenció que son personas conocedores y compañeros del aquí demandante, en la misma operación como operarios montacargas. Aduce que sabido es que el hecho de ser compañeros de trabajo no desvirtúa por sí misma la posibilidad que tienen ellos de acudir a declarar sobre hechos que conocen, por lo que efectivamente la tacha no estuvo llamada a prosperar. "*Así mismo debe el despacho tener en cuenta que estos testigos de la parte demandante manifestaron e indicaron que el aquí demandante, recibía ordenes de personal directo de Bavaria, circunstancia que está debidamente acreditada acá dentro del mencionado proceso en la operación a diario que se vivía, bien sea cargando líneas de producción o cargando envase asistiendo a reuniones donde se indicaba qué eran las labores que se iban a desarrollar, eso lleva necesariamente a concluir que para este estrado judicial, los medios de exceptivos presentados por Bavaria no están llamados a prosperar tal como se indicó…"*. y concluye que entre el actor y la demandada Bavaria S.A., existió un verdadero contrato de trabajo *"Ahora bien, demostrado que existió un verdadero contrato de trabajo pasa entonces el despacho a considerarse si efectivamente las pretensiones enfiladas por el aquí demandante salen avante o no"*. En cuanto a la aplicación del pacto colectivo, puntualmente dijo *"es posible concluir que al aquí demandante no debe aplicársele pacto*

colectivo, en la medida en que acreditó ser afiliado a la organización sindical Sinaltraceba y que Bavaria conoció de la mencionada afiliación a la organización sindical con documento que obra dentro del expediente, con fecha del 22 de diciembre del año 2017, nótese como de acuerdo con las documentales que se arrimaron al expediente se acredito solamente la vinculación de demandante de fecha 22 de diciembre de 2017. Y efectivamente se negoció con la organización sindical Sinaltraceba una convención colectiva que empezó a regir a partir de septiembre del año 2017 sabido es acá, que no se demostró que desde el inicio se pudiera dar aplicación al artículo 471 del código sustantivo del trabajo que nos indica "cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados exceda de la tercera parte del total de los trabajadores, las normas de la convención colectiva, se extienden a todos los trabajadores de la misma sean o no sindicalizados esta circunstancia no se demostró por lo tanto el despacho debe darle alcance a que solamente a partir del 22 de diciembre del año 2017 y hasta la fecha probada acá que es el veintitrés de febrero del año 2018, solamente hasta ese momento puede el despacho evidenciar que puede ser objeto el aquí demandante de la aplicación de la convención colectiva en su calidad de que fue sindicalizado o hizo parte de la organización sindical Sinaltraceba; pacto colectivo no está llamado a prosperar que se le aplique, en la medida en que el aquí demandante demostró ser sindicalizado y demostró ser sindicalizado del sindicato Sinaltraceba con afiliación que se notificó a Bavaria a partir de diciembre del año 2017 y como solamente se demostraron extremos hasta el 23 de febrero del año 2018 solamente habría lugar a condenar por lo que corresponde a la diferencia salarial; sabido es que de conformidad con la convención colectiva se consagran las primas las primas de diciembre, Pascua, junio, prima de descanso de 15 días, circunstancia que el despacho evidencia, en este caso, solamente daría lugar al reconocimiento y pago de la diferencia salarial y obviamente a la aplicación convencional de la diferencia dejada de percibir por concepto por concepto de salario en la medida en que solamente tuvo dos meses 23 días donde estuviese cobijado por la convención de acuerdo con lo probado dentro del expediente, por lo tanto, el despacho única y exclusivamente proferida condena respecto de la diferencia salarial en la medida en que efectivamente se demostró que el aquí demandante tenía un salario con la intermediaria ASL del $1.200.000 pesos y que para ese momento del año 2017 de acuerdo con la convención colectiva suscrita por Sinaltraceba con Bavaria S.A. el salario ascendía a un jornal de $88.601 pesos diarios jornal, lo que asciende necesariamente a $2.658.030 que lleva necesariamente a concluir que hubo una diferencia dejada de pagar respecto de ese salario convencional de él, tiempo que acreditó realmente estar cobijado por la convención de $3.061.863 esa será entonces, en consecuencia, la condena que se proferirá, en la medida en que las demás prestaciones de la convención colectiva no se encuentran causadas; así las cosas, las excepciones no están llamadas a prosperar como tal y también será condenado Bavaria a reconocer costas y agencias en derecho en favor del aquí demandante. Ahora bien, por ser el verdadero empleador Bavaria SAS, este despacho no proferirá condena respecto de ASL en el presente caso y la absolverá de las súplicas de la demanda."

Por consiguiente, lo primero que se entra a analizar es si el contrato de trabajo se configuró con Bavaria S.A., o si se dio con la Agencia de Servicios Logísticos S.A.

De manera general señala el actor en su demanda que su vínculo laboral fue con Bavaria S.A. y no con la empresa intermediaria Agencia de Servicios

Logísticos S.A. porque, a su juicio, el montacargas que manejó era de propiedad de Bavaria S.A., por el logotipo de la empresa que lleva en la silla, además de que Bavaria a través de varios folletos ha manifestado que los montacargas son de su propiedad; aunado al hecho que recibió órdenes diariamente de los jefes que son empleados directos de Bavaria S.A., cumpliendo un horario de trabajo, y dentro de sus funciones estaba la de cargar y descargar vehículos de propiedad de Bavaria S.A. y alimentar las líneas de producción de esta demandada, pues la labor de montacarguista u operador de auto elevador es permanente y que para ello recibió instrucciones como, por ejemplo, que para el manejo de la montacarga dentro de las instalaciones de la compañía su velocidad no puede superar los 10 kilómetros por hora y la altura de la carga no puede superar los 20 metros; que el horario de trabajo que se debe cumplir es publicado dentro de las instalaciones de la compañía de Bavaria, ubicada en Tocancipá, Cundinamarca.

Por su parte, Bavaria S.A. en su recurso de alzada se muestra inconforme con que se haya declarado la existencia del contrato realidad con el demandante desde el 22 de diciembre de 2017 al 23 de febrero de 2018; en síntesis, estima que no es cierto que se haya demostrado la subordinación, que no es cierto que se haya demostrado la dependencia del demandante frente a ella y que si se hubiera aplicado el principio de la primacía de la realidad, el juzgado se habría percatado que Bavaria simplemente fue el contratante y que la Agencia de Servicios Logísticos tenía plena autonomía administrativa y financiera para el desarrollo del contrato de operación logística, incluida la contratación que hizo al demandante para desarrollar la labor con él, y obviamente para tomar las determinaciones que estimara convenientes, y que los servicios pueden ser tercerizados en empresas independientes y autónomas.

En los términos del artículo 23 del CST los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal de unos servicios en favor de otro, remuneración y la continuada subordinación; pero el artículo 24 ibídem, establece que la sola prestación de un servicio personal en favor de otro hace presumir el contrato de trabajo; razón por la cual quien alegue la condición de trabajador solamente le corresponde probar que prestó unos servicios personales en favor de otro y este a su vez, es decir el presunto empleador, tiene la carga de demostrar que tales servicios fueron realizados de forma independiente o autónoma, o no le fueron prestados a él para de esta forma poder desvirtuar la anotada presunción.

Además de ello, en el caso que nos ocupa debe dilucidarse el alcance de la intermediación señalada por las partes entre Bavaria S.A. y la Agencia de

Servicios Logísticos S.A., y su incidencia en la determinación de cuál de los demandados debe ser considerado el verdadero empleador.

Sabido es que en el escenario jurídico colombiano existen algunos eventos en los que quienes fungen formalmente como empleadores, tienen esta calidad de manera aparente o ejercen en el fondo como intermediarios, como es el caso de las empresas de servicios temporales cuando sobrepasan el tiempo durante el cual pueden suministrar un trabajador a una empresa usuaria, o se invoca un objeto diferente al previsto en la ley; supuesto en el cual la jurisprudencia ha considerado como empleador al usuario a pesar de que quien le pagaba el salario y aparecía como empleador formal era la empresa de servicios temporales. También está el caso de las cooperativas de trabajo asociado cuando prestan servicios a terceros en actividades misionales, o actúan enviándoles personal en misión, las que si bien formalmente aparecen como empleadores, e incluso en relaciones diferentes a laborales subordinadas, la jurisprudencia igualmente ha señalado que debe tenerse al tercero como verdadero empleador, a pesar de que quien paga la remuneración y tiene el vínculo con el trabajador es la cooperativa.

Dentro del plenario obra la siguiente prueba documental, todas ellas se encuentran en el PDF#1:

Certificado de existencia y representación legal de Bavaria S.A., expedido el 28 de febrero de 2018 (pág. 17).

Copia de certificación expedida por ASL en la que consta que WILSON YOMAR JIMENEZ CARVAJAL tiene un contrato a termino indefinido desde el 22 de junio de 2015 en el cargo de montacarguista, devengando un salario mensual de $1.200.000, certificación que fue expedida el 23 de febrero de 2018 (Pág. 28).

Copia de contrato de trabajo a término indefinido suscrito por el demandante y el representante legal de ASL, el cual tiene como fecha de inicio 22 de junio de 2015, cargo: montacarguista, lugar de desempeño de labores: Bavaria Tocancipá, Bodega y o cliente: distribución, Tocancipá (Pág.29).

Copia del carné del demandante, dividido en tres partes, en una se lee *"TOCANCIPÁ CORAZÓN DE BAVARIA"*, en seguida *"EMPRESA CONTRATISTA: ASL"* y la firma del trabajador, en la otra parte, se relacionan los datos de identificación, de la afiliación a seguridad social y fecha de vencimiento *"21-06-2016"* y en la otra, se observa el logo de empresa Bavaria (pág.35).
En las páginas 36 a 46, obran comprobantes de nómina expedidos por la ASL S.A., en los que figura como fecha de ingreso 22 de junio de 2015 en el cargo

de montacarguista, y pagos en los siguientes períodos: 2017-01-01 al 2017-01-15; 2017-01-16 al 2017-01-15, 2017-02-01 al 2017-02-15; 2017-03-01 al 2017-03-15; 2017-03-16 al 2017-03-31; 2017-04-01 al 2017-04-15; 2017-04-16 al 2017-04-30, 2017-05-01 al 2017-05-15, 2017-05-16 al 2017-05-31; 2017-06-01 al 2017-06-15; 2017-06-16 al 2017-06-30; 2017-07-16 al 2017-07-31; 2017-10-16 al 2017-10-31; 2017-11-01 al 2017-11-15; 2017-11-16 al 2017-11-30; 2017-12-01 al 2017-12-15; 2017-12-16 al 2017-12-31; 2018-01-16 al 2018-01-31, y 2018-02-01 al 2018-02-15.

Copia de la carta de notificación de nuevos afiliados suscrita por el presidente de la Junta Directiva de la Subdirectiva Seccional Tocancipá de Sinaltraceba dirigida al representante legal de Bavaria S.A., en la que figura Wilson Yomar Jiménez Carvajal como nuevo afiliado, fechada 22 de diciembre de 2017, con sello de Bavaria, recibida en la misma fecha a las 11.05 am. (págs. 47-48).

Copia de la constancia de registro de creación y primera junta directiva de la subdirectiva Tocancipá del sindicato Nacional de Trabajadores del Sistema Agroalimentario, la Industria de Bebidas, Gaseosas, Refrescos, Lácteos, Cervezas y Licores en Colombia – Sintracergal, cuya fecha de registro figura como 23 de febrero de 2018 (pág. 49 y 50).

De la página 51 a 60, obran 10 fotografías allegadas por el demandante con el escrito de demanda; frente a las cuales, la demandada Bavaria S.A., en la contestación manifestó su oposición para tenerlas como prueba contra Bavaria.

Copia de la historia laboral del demandante, expedida por Protección, en la que figura la Agencia de Servicios Logísticos S.A. como aportante desde junio de 2015 a enero de 2018. Copia de la cédula del demandante, pág. 65

Certificado de existencia y representación legal de la Agencia de Servicios Logísticos S.A., fecha de expedición 12 de septiembre de 2018 (pág.168).

Copia del contrato de operación logística CT-2017-94, de fecha 4 de julio de 2017, celebrado entre la Agencia de Operación Logística S.A., la demandada Bavaria S.A. y otros; cuya duración contemplada en la cláusula décimocuarta, señala "*el presente contrato tendrá vigencia de veinticuatro meses una vez sea suscrito por las partes. El plazo para la ejecución de los servicios del contrato es del 1 de abril de 2017 hasta el 31 de marzo de 2019*"

Igualmente, la demanda Bavaria allegó desprendibles de pago expedidos por la Agencia de Servicios Logísticos S.A. a nombre del demandante en el cargo de montacarguista senior, documentales que fueron decretadas como pruebas en

la audiencia respectiva, razón por la cual se hace una relación de los mismos, por los siguientes períodos: 2017-10-01 al 2017-10-15; 2017 01-16 al 2017-01-31;2017-02-01 al 2017-02-15; 2017-03-16 al 2017-03-31; 2017-04-16 al 2017-04-30; 2017-05-01 al 2017-05-15; 2017-05-16 al 2017-05-31; 2017-06-01 al 2017-06-15; 2017-06-16 al 2017-06-30; 2017-07-16 al 2017-07-31; 2017-10-16 al 2017-10-31; 2017-11-01 al 2017-11-15; 2017-11-16 al 2017-11-30; 2017-12-01 al 2017-12-15; 2017-12-16 al 2017-12-31;2018-01-16 al 2018-01-31; 2018.02-01 al 2018-02-15 (páginas 189 a 199).

En las páginas 200 a 203 se encuentra nuevamente la historia laboral del demandante, expedida por la AFP protección, que al igual que la copia del contrato individual de trabajo del demandante (pág. 204 a 209) ya fueron referenciados.

Además de esos documentos, se recibieron las declaraciones de Omar Eduardo Martínez Aparicio, Gloria Patricia Patiño Muñoz, Manuel Fernando Rodríguez Bernal, Néstor Ricardo Segura León y los interrogatorios del demandante y de la representante legal de Bavaria S.A.

Omar Eduardo Martínez Aparicio, declaró que fue compañero de trabajo del demandante *"Si, nosotros fuimos compañeros de trabajo dentro de las instalaciones de Bavaria como operarios de auto elevador en la cervecería Tocancipá"* y por tanto conoce las funciones que este realizaba*"…él desarrollaba la operación de montacarga, que consistía en operar la montacarga, cargar, descargar vehículos de Bavaria, alimentar líneas de producción, sacar la producción de Bavaria, arrumarla en los sitios correspondientes dándoles la rotación necesaria y todo lo que corresponde en la operación de montacarga"*; no sabe cómo llegó el actor a Bavaria porque cuando lo conoció a mediados de 2015, aproximadamente a mitad de año, fue dentro de las instalaciones de la compañía Bavaria y que estuvo hasta junio de 2018 cuando al actor y otros compañeros, les fue aplicado el artículo 140 del CST "*estuvo hasta junio del 2018 y después pues él se venía presentando simultáneamente ahí a la portería" "… lo que pasa es que Bavaria a raíz del cambio de temporal a algunos compañeros o a la mayoría de compañeros sindicalizados les colocó el artículo 140 y entonces él hacía presencia o hacíamos presencia en el tiempo ahí a portería pues a hacer presencia estábamos personal y nos devolvíamos cada uno para su casa"* Al indagarle si conoció personal de ASL dentro de las instalaciones de Bavaria, señaló que no "*pues había mucha gente doctora pero la verdad no conocí por nombres propios no, no, no la verdad no, no, conocí a ninguno" (…) "….Lo que pasa doctora es que, allá trabaja demasiado personal y en cuestiones de operación de montacargas, empezando porque está, está, delimitado los sitios y usted no puede meterse allá, no, no, hay acceso, no tenemos contacto casi con el personal, inclusive la norma dice 5 metros de distancia que tiene que haber a un peatón"* (...) *"hay sitios que donde usted no puede entrar únicamente sino está autorizado, si es un sitio de operación de montacarga usted no puede cruzar por ahí, cualquier*

persona no puede cruzar por ahí" (...) *"eso son normas de seguridad que tiene la empresa, que tiene Bavaria tiene delimitado, tiene avisos por, digamos, por los senderos por aquí tránsito de montacargas, no cruzar, además cuando usted entra a la planta le dan su inclusive, siendo usted como persona visitante le dan una inducción y le dan la capacitación por dónde puede usted transitar y por dónde no, entonces son normas que ya tiene establecido la empresa"* expone que como compañero del actor, compartió turnos con este en bastantes oportunidades pues allá se manejan tres (3) turnos, los que debían cubrir de acuerdo a la publicación semanal que colgaban en cartelera, según el área o sitio en el que se encontrasen; aunque no sabe quién colgaba las carteleras pues nunca vio a la persona que las colgaba; dice que las labores que debía desarrollar diariamente el actor dependían del área en que estuviese *"eso es depende el área si estuviera en líneas de producción pues ahí el ingeniero de línea era el que sabía que en base necesitaba y qué era lo que necesitaba que hiciera el montacarguista, ejemplo si él tenía, sí el ingeniero tenía su producción en póker y la iba a cambiar pues inmediatamente le decía al señor montacarguista, por favor necesito que a tal hora no me traiga más en base porque vamos a pasar a envase digamos estamos, con costeña vamos a echar a águila light, entonces por favor no me eche más de ese envase, a las 10 me echa caja vacía a las 11 necesito que me saque la última producción y empezamos a echar envase del siguiente formato, ese sí y si era en el patio doctora pues eso ya era dependiendo qué tipo de vehículos lo colocaban a cargar si era turno, entonces el ingeniero ya en la reunión, ya decía hoy nos van a entrar 50 vehículos van a cargar Poker, águila y van para un ejemplo para Bucaramanga, Tocancipá"* y que las indicaciones eran dadas en las horas de la mañana, en el turno de la mañana, donde se habla qué vehículos van a cargar o para donde va a haber despacho, prioridades, tema de seguridad entre otros " *si, en las horas de la mañana en el turno de la mañana siempre hay una reunión de mañana dónde, donde se habla en el tema de qué vehículos van a cargar o para donde va a haber despacho, prioridades, tema de seguridad, toda esa vaina";* explica que para recibir esas indicaciones el ingeniero jefe de zona era el que realizaba esa reunión *el ingeniero jefe de zona, si era en línea, pues el ingeniero de línea lo llamaba a uno y le decía muchachos vamos a hacer esto, esto, esto, está programado para corte a tal hora, si era en patio el señor de dependiendo el jefe que estuviera, entonces el ingeniero le decía a uno hoy va presupuestado tantos vehículos, por favor, tal cosa, cuidado con la seguridad, todo lo relacionado con el trabajo ahí" (...)* Refiere que con el demandante compartió turnos en línea uno y línea dos, que línea uno estaba el ingeniero William Pereira o el operario Deivid Rodríguez, en línea dos el ingeniero Didier Mora y que cuando él, refiriéndose al demandante, estuvo en patio estaba el ingeniero Álvaro Escobar y José Navarro, que son ingenieros especialistas en distribución y almacenamiento y pertenecen a Bavaria; en cuanto al salario establecido para los operarios de montacargas o auto elevador directos de Bavaria, dijo que el salario está establecido en la convención colectiva en la suma de $3.050.000 pero para la fecha de 2017, 2018 en la que el señor Wilson se encontraba laborando, era la suma de $2.658.000, el que también está establecido en el pacto colectivo que la empresa tiene firmado con los trabajadores no

sindicalizados. Igualmente ilustra que el actor tenía turnos de 6 am a 2 pm, 2 pm a 10 pm y 10 pm a 6 am, horarios que eran controlados por Bavaria a través de una tarjeta que se le asigna a cada trabajador, la que se pasa por un molinete al estilo Transmilenio, señala que ese aparato es de propiedad de Bavaria porque está a la entrada donde entra todo el personal de la compañía, inclusive hasta los visitantes; al igual que los elementos de trabajo que se encuentran en el centro de distribución de Tocancipá donde labora el demandante en las instalaciones de Bavaria son proporcionados por Bavaria como son la montacarga, los envases, las estibas porque todo está con el sello de Bavaria.; en cuanto al personal de ASL, cuando se le preguntó si conoció a los señores Néstor Segura y Gloria Patiño, contestó no conocer a la segunda, y al primero dijo sí conocerlo en la actualidad después de su reintegro a la compañía, pues duró seis meses presentándose esporádicamente ya que a él, lo mismo que al demandante les fue aplicado el art. 140 del CST.

Gloria Patricia Patiño Muñoz, manifestó ser técnico en logística empresarial y estudiante de logística; conoce al demandante porque ha trabajado con ASL como operario de montacargas en el cargue y descargue de vehículos que llegan con envases, se descargan y se cargan con productos, señala que los superiores que le daban ordenes al demandante eran Angie Sacristán, Víctor Gutiérrez y ella, que era líder controladora, quienes hacían las reuniones todos los días y como líder controlador era la que asignaba los viajes que lleva cada vehículo para su respectivo cargue a los montacarguistas, que las reuniones de primer nivel donde se les dicen las observaciones que han tenido del turno anterior las hacen todos los días y a ellas asistían el supervisor de turno, los líderes de turno, como el controlador y los montacarguistas, a entre ellos el demandante; señala que también tienen un líder de las máquinas, que se llama líder de flota, pero no recuerda el nombre del chico que estaba para la época en que estuvo el demandante, que son los que les dicen a ellos como manejarlas, les dan su debido curso, asignación de máquina y de ahí en adelante ellos inician la operación de cargue y descargue; indica que el demandante maneja los tres turnos que son de 6-2,2-10, y 10- 6, reitera que quien asignaba los turnos de trabajo y las labores al demandante eran el supervisor, el controlador líder y el coordinador de área, todos de ASL, entre los líderes también estaban Diana Sanabria, Diana Vásquez; de la línea del supervisor estaba don Edgar Romero, William, Aníbal, indica que solo ellos eran los que se dirigían al personal asignado, que nadie más, y que lo hacían luego de que el gerente de distribución que actualmente es el señor Néstor Segura bajaba la información de acuerdo a la reunión que sostenía con los líderes de BAVARIA *"en este momento el gerente de distribución es el señor Néstor Segura que es de la compañía CAL en este momento, el entra a una reuniones con los líderes de Bavaria y de ahí el sale y pues en una reunión con supervisores y líderes, nos da la información y nosotros en la*

reunión de primer nivel, o sea con los montacarguistas y líderes les damos la información pero líderes de Bavaria jamás nos dan ningún tipo de orden o algo así". Señala que para el desarrollo del contrato de operación logística, ASL siempre ha contado con el departamento de facturación, talento humano, los líderes de flota, que es otro departamento, que está pendiente de las máquinas, de todo lo que pasa con las máquinas; liquidación; manifiesta que para el control del ingreso del personal *"nosotros tenemos desde el ingreso las talanqueras por Bavaria y aquí adentro por biométricos"* contaban con las talanqueras de Bavaria y los biométricos si eran de ASL, que también la compañía ASL cuenta con un reglamento interno de trabajo que está publicado en el edificio del centro de distribución; aduce que para los permisos el demandante debía dirigirse al supervisor, que en este caso era ella como líder, ya que en ese momento no se llamaba supervisor sino líder, en todo caso, que ese era el primer filtro, el supervisor; indica que quien le pagaba los aportes a seguridad social era ASL, así como el que le entregaba la respectiva dotación por intermedio de talento humano. Al preguntarle sobre Didier Mora y Álvaro Escobar manifestó que ellos eran líderes de Bavaria y que nunca los vio dándole ordenes al demandante; señala que actualmente trabaja con CAIL, compañía que se dedica a lo mismo que se dedicaba ASL, que es el cargue y descargue y distribución de productos; dice que no tiene presente como se dio la salida del actor de la compañía porque considera eso es algo que compete a talento humano; reitera que en las reuniones que hacían los supervisores o lideres de ASL, los ingenieros de jefe de zona o de patio no daban ninguna instrucción porque ellos nunca estaban en esas reuniones y si por algún caso llegaron o llegasen a estar, ellos solamente escuchan pero no dan órdenes porque la información que llega a ellos como supervisores llega a través de Néstor Segura gerente de distribución y primero pasa por los supervisores, facilitadores o líderes, y de ahí ellos la entregan al personal, en este caso a los operadores de montacargas. Preguntada sobre quién era el supervisor directo del señor Wilson Yomar Jiménez, es decir quien le daba las instrucciones en la época de 2015 a 2018, señaló: *"2015 2018 teníamos varios líderes, varios supervisores pero no tengo presente exactamente cuál era pues el de él yo sé que yo también le daba instrucciones porque pues debía darle encargue, debía enviarlo a hacer algo, pero exactamente quien era el supervisor en ese momento no lo tengo presente, yo era un líder, un facilitador que también entraba en contacto con el"* (…) *"Hemos sido varios líderes, Angie Sacristán, Víctor Gutiérrez, Arnulfo Pintón, líderes controladores estaba Diana Sanabria, Diana Vásquez, Yamile Vargas, que tuvieran instrucciones de parte de nosotros los líderes somos varios, pero ya como directo no lo tengo tan presente, pero nosotros los líderes éramos varios.* En cuanto a quien le da las ordenes al gerente de distribución, señala *"él tiene un jefe más alto que es el dueño de la compañía".*

Manuel Fernando Rodríguez Bernal distingue al demandante porque fueron compañeros de trabajo en el cargo de montacarguista u operario auto

elevador; refiere que cuando lo conoció fue para los meses de noviembre y diciembre de 2015 que fue cuando les tocó por causalidad cargar un saider y una tractomula, que las ordenes las recibían de don Álvaro Escobar que era el que mas estaba ahí pendiente del tema o don José Navarro que eran los que sabían de la movilización de los carros, de la productividad de la empresa y el que sabía qué carros se necesitaban o qué montacarguistas; en cuanto a Angie Sacristán, Víctor Gutiérrez y Patricia Patiño Muñoz refiere no conocerlos porque dice allá había mucha gente, señala que de los jefes directos de Wilson Yomar, como era por turnos, no había uno solo porque todos rotaban turno, pero que de todos modos sus jefes eran don William, don Didier, Don Álvaro y don José que eran los que más permanecían pendientes del tema; en cuanto a los controladores o facilitadores, expresó *"no doctora la verdad yo no recuerdo, pues los únicos que metían ahí las manos y todo en cuanto al tema del cargue y el descargue eran los que le estoy nombrando más que todo era don Álvaro Escobar pues lo recuerdo más que todos, es por el carácter que él tenía y la forma de mandar pero pues era un mando normal, no pero pues yo no recuerdo así a nadie más, eso sí había mucha gente ¿no? muchísima gente trabajando porque pues Bavaria maneja mucho personal pero pues los que en sí mandaban la parada eran ellos los directos don Álvaro Escobar y don José Navarro"(...) "Pues don Álvaro Escobar siempre era el ingeniero de del centro de distribución junto con don José Navarro, ellos dos eran los que manejaban todo el tema del centro de distribución y ellos dos son los encargados de toda esa parte, en cuanto a quién los mandaba a ellos y todo, los mandaba pues Bavaria era, lo más lógico por las dotaciones que usaban por los radios y por los cascos, eran los únicos que llevan casco blanco y la dotación de Bavaria"*, refiere que para ingresar a las instalaciones de Bavaria hay dos porterías, una vehicular y otra por donde ingresa todo el personal y en cuestión de permisos tocaba o pedirle permiso a los ingenieros porque eran los únicos que sabían el tema de cuantos montacarguistas necesitaba, con cuantos contaba, entonces le pedían permiso al ingeniero que estuviera de turno; dice que no conoce a Néstor Segura; en cuanto al demandante, no sabe la fecha exacta en que ingresó a prestar sus servicios, porque cuando él llegó a la empresa, el actor ya se encontraba ahí, que eso fue para octubre que Wilson ya se encontraba ahí y dice que el demandante estuvo hasta el 2018, cree que hasta mitad de año, porque al igual que a él, al demandante le aplicaron el artículo 140 CST por tema de disminución de la capacidad laboral, que lo sabe porque vio la carta que era la misma, solo que cambiaba los nombres.

Néstor Ricardo Segura León, señala que fue el director de operaciones de ASL pero actualmente trabaja para CAIL, que es el actual operador logístico de Bavaria, que en su labor como director de operaciones es el representante del operador logístico ante el cliente que es Bavaria, que para ello se hacen unas reuniones diarias donde el cliente baja sus observaciones y cita a reunión o a veces ellos citan a reunión al cliente, ahí se hace la revisión del tema de indicadores y las observaciones a que haya lugar *"yo tomo nota de lo que pasa cuando*

se termina la reunión, salgo de esta y me reúno con mi grupo primario que son los coordinadores o supervisores y transmito la información como tal de las observaciones que se den para que ellos a su vez le digan a cada trabajador en los puntos de encuentro cuando van a iniciar el turno ellos hacen estos puntos de encuentro y les transmiten los supervisores las órdenes directas al personal del OL, esa es la figura que siempre se ha manejado." (…) "Si señora, todos los días hacemos las reuniones entre el cliente y el suscrito director de operaciones" "¿y qué temas se tratan en esa reunión? Pues revisamos todos los procesos por los cuales tenemos el contrato de prestación de servicios, entonces revisamos cada proceso, proceso de líneas de producción, proceso de T 1, proceso de T 2, entonces ahí pues revisamos los indicadores a los cuales debemos de estar cumpliendo de acuerdo a la productividad que tenemos implementada y simplemente vamos mirando y revisando que si se hayan cumplido, si no se han cumplido tenemos que dar la explicación de cuál fue el motivo por el cual no se pudo cumplir y los planes de acción que tenemos para poner de inmediato y así cumplir con el proceso como tal" (...) *"Los indicadores de acuerdo al dato que nos pasa el cliente que es lo que tenemos como prestación de servicios montamos indicadores para llevarlos y poderlos ejecutar y así mostrarle a ellos el rendimiento de acuerdo al plan que se ha implementado cada mes, eso se hace cada mes" (…) "para ponerte un ejemplo el caso del despacho de los vehículos de T1, que son los vehículos Saider que se despachan a las otras plantas, por decir algo se nos dice para el día lunes tenemos un despacho de ciento veinte saider en el día, entonces nosotros debemos hacer el seguimiento turno a turno cuanto se despacharon y al final del día se saca el resumen de lo que se despachó durante todo el día y deben ser los ciento veinte que nos estaban diciendo por programación"* (...) *"El cliente nos informa de acuerdo a la programación que se tenga de los traspasos que deben ser ciento veinte que es lo que está expuesto en la prestación de servicios"*. Respecto al demandante manifiesta que no lo tiene tan presente pero sabe que trabajó para ASL, porque como director de operaciones no maneja directamente al personal pues para ello está la estructura director de operaciones -coordinadores-, y mas abajo los supervisores, que estos últimos son los que manejan el personal y les dan las ordenes, *"si no estoy mal él estaba en un proceso de T 2 o de T 1, no recuerdo bien, en su debido momento"*; como supervisores para el tiempo en que estuvo el demandante refiere a Víctor Gutiérrez, Angie Sacristán, Arnulfo Ortegón, Edgar Romero y William Aníbal Rodríguez. Afirma que el contacto directo se tiene con el interventor del contrato, que es el gerente que designe el cliente para el manejo del centro de distribución. Señala que en líneas de producción hay un programa de trabajo, que el cliente les pasa con anticipación de cómo se van a producir cada línea y el supervisor de turno se la pasa al coordinador y al supervisor de turno y ahí es cuando el supervisor de turno está pendiente de decirle a los operarios de montacargas cuales son los envases que se van a suministrar a cada línea de producción y de dónde la deben sacar. Aduce que el supervisor de turno es parte del grupo del operador logístico y que el programa de trabajo lo recibe del cliente a través del gerente encargado o en el caso de que el interventor del contrato designe un profesional envía el correo directamente, diciendo *"esta es la planeación de la programación para la semana entrante de las líneas de producción"* "*Si señora el gerente que te digo es el mismo del centro de*

distribución" (…) "entonces el proceso nuestro es de recibo, almacenamiento y despacho de envases cajas o productos terminados y en las líneas de producción lo que expliqué hace un momento, lo único que hacemos es suministrar el envase al transportador y cuando sale del transportador en la paletizadora cogemos el producto y lo almacenamos en la bodega" y es ahí donde el operario de montacarga interviene en el descargue del vehículo, y actividades como acomodar las estibas en el sitio donde se ha designado, sea envase o sea producto y el cargue del vehículo dependiendo de si se despacha envase o se despacha producto, ellos solamente hacen eso, en la líneas de producción lo único que hacen es suministrar el envase al transportador y cuando sale de la paletizadora en el trasportador coger las estibas y almacenarlas en la bodega dependiendo donde les designe el supervisor del operador logístico; indica que siempre las ordenes a los montacarguistas y en este caso al demandante, se las ha dado el supervisor del operador logístico; quien también es el que concede los permisos o suple las ausencias temporales de los operarios *"Si señor, cada trabajador que necesitase un permiso para ausentarse del turno o no venir a trabajar debe informárselo directamente al supervisor encargado cada operario o cada trabajador debe hacerlo así porque el supervisor del operador logístico debe cubrir la vacante del señor o revisar que no vaya haber traumatismo de la operación y el supervisor del operador logístico lo que hace es que por medio de un formato o por vía WhatsApp le informa a recursos humanos que el trabajador X solicita un permiso ya sea remunerado o descontable según el caso".* En cuanto a la estructura administrativa de la Agencia de Servicios Logísticos, refirió: *"Bueno la estructura administrativa estaba compuesta por el gerente de ASL estaba la gerente de recursos humanos, gerente de la parte financiera como tal y a su vez ellos estaban en la sede principal es allá en Cali y a su vez aquí en Tocancipá se tenía el departamento de recursos humanos que manejaba todo lo que era la parte aquí en Tocancipá pero pues ellos le rendían cuentas allá a Cali digámoslo así, de ahí está el director de operaciones y después del director de operaciones, estaba la jefe de personal de aquí de la planta de Tocancipá, estaban los coordinadores y supervisores obviamente pues también estaba la parte de revisor fiscal, contabilidad y todo eso".* Señala que al demandante, se le entregaba la dotación por parte de ASL, que también la Agencia de Servicios Logísticos fue la que le hizo el proceso de selección, ingreso e inducción *" Si señor todo personal que ingresa a la compañía se le debe dar primero que todo una inducción de temas de seguridad y luego se les da una inducción de lo que es la compañía como tal, mostrándoles que somos la visión misión y se les daba también las charlas sobre el tema de este de seguridad y de CISO y de calidad y se les explicaba los procedimiento de cada proceso y aparte de eso se les daba una inducción físicamente a través de todo el centro de distribución, iba y se les mostraba donde quedaba cada proceso y como funcionada"* Al indagarle que si los ingenieros William Pereira, Didier Mora, José Navarro, Álvaro Escobar, tienen la sede en las instalaciones de Bavaria, contestó que sí.

En el interrogatorio de parte, el demandante insiste en que trabajó para Bavaria por intermedio de ASL, ejerciendo el cargo de montacarguista desde mediados de junio de 2015 hasta el 2 de diciembre de 2019, devengando un

sueldo que realmente no era el legal en Bavaria toda vez que los montacarguistas de planta tenían un salario de $2.058.000; niega conocer a los señores Gloria Patiño, Víctor Gutiérrez, Angie Santiesteban y Arnulfo Ortegón, y dice que su trabajo consistía en la líneas de producción, donde sus jefes eran el ingeniero William Pereira y el ingeniero Didier Mesa (sic) junto al operador de la línea uno, el señor Deivid Rodríguez Torres y cuando debía pedir permiso se dirigía a William Pereira quien a su vez llamaba por radio al ingeniero José Navarro y así ellos coordinaban para elegir quien lo iba a reemplazar; señala que quien le debe dinero es Bavaria porque fue esa empresa la que se benefició de su trabajo.

Isabel Bedoya, representante legal de Bavaria, señaló que el cargo de montacarguista u operario autoelevador no existe en Bavaria por lo menos desde el 2009; explica que lo que pasó fue que la convención colectiva de trabajo que se pactó en 2013 se tomó igual a la que estaba en Sinaltrabavaria desde 2003 y de ahí se tomaron unos cargos convencionados, sin haber hecho la revisión de que hay unos cargos que ya no existen en la operación de Bavaria; indica que en todas las negociaciones colectivas se ha tratado de retirar los cargos que ya no tienen en la empresa, que son de antes de 2003, como son el de conductor y el que aquí se cuestiona, pero que la organización sindical les dice que no va a dejar que Bavaria retire esos cargos, aunque no haya personal de planta en la compañía que los realice porque los van a seguir demandando por este caso; acepta que Bavaria tiene tercerizado todo el proceso de logística porque según el certificado de existencia y representación legal como compañía se enfocan solamente en la producción de cerveza y por ese motivo para el manejo logístico se contrató a un prestador de servicios que lo que hace es tomar ese producto y de acuerdo a los volúmenes aplicar lo que dice en el contrato de prestación de servicios. Argumenta que Bavaria nunca ha tenido una temporal o intermediario porque lo que han hecho es entregar un proceso logístico a un operador, que son empresas expertas en estos manejos, y que, como Bavaria no es experta en ese tema sino en la producción de cerveza contrataron con la Agencia de Servicios Logísticos ASL mediante un contrato de prestación de servicios y por eso el operaba toda la distribución. Finalmente, al preguntarle por las reuniones que se realizaban los días lunes de cada semana en la sede de Tocancipá entre los ingenieros de Bavaria y el operador logístico ASL, contestó: *"no creo que sean los lunes, creo y esto tiene que ver con el desarrollo propio digamos de las actividades de una planta que se establece una proyección de que se va a producir en la semana y de acuerdo con esa producción se le informa al operador logístico yo esta semana voy a producir tantos hectolitros para que ellos analicen dentro del perfil de logística como lo van a distribuir, entonces son reuniones de seguimientos normales dentro de un contrato de prestación de servicios para conocer las capacidades y volúmenes que se van a transportar"*

Analizadas en conjunto esas pruebas, es patente que buena parte de ellas coincide en que el demandante prestó sus servicios personales en el centro de distribución de Bavaria S.A, ubicado en Tocancipá, y que en dicho centro de despacho, la empresa también desarrolla la parte productiva de su objeto social, pues no otra cosa se desprende del hecho de que el actor tuviera que alimentar las líneas de producción y movilizar el producto ya envasado y colocarlo en el sitio que se le señalara; para el efecto, mírese que varios de los testigos, entre ellos el testigo Segura, así lo refieren, sin que haya quedado claro si el proceso productivo propiamente dicho estaba a cargo de empleados directos de Bavaria o del llamado personal tercerizado. Además, la propia representante legal de la demandada manifestó en el interrogatorio de parte que *"la sede de Tocancipá es una sede de producción"*; y en el contrato de operación logística, obrante en el expediente, se distinguen centros de distribución propiamente dichos con otros en que también funciona la parte productiva. Este es un primer elemento que debe ser tenido en cuenta.

En cuanto a la forma en que se impartían las órdenes al demandante en el ejercicio de su labor como montacarguista y las líneas de mando, es patente la existencia de contradicción entre las declaraciones rendidas por Omar Eduardo Martínez Aparicio y Manuel Fernando Rodríguez Bernal, por un lado, frente a las rendidas por Gloria Patricia Patiño Muñoz y Néstor Ricardo Segura León. Los primeros dicen que las órdenes eran impartidas por los ingenieros y empleados de Bavaria William Pereira, Deivid Rodríguez, Didier Mora, José Navarro, Álvaro Escobar y Javier Betancur, de acuerdo a los turnos y las áreas en que se desempeñaban; los segundos manifiestan que quienes impartían las órdenes diarias era el personal de ASL a través de los supervisores que eran Angie Sacristán, Víctor Gutiérrez, Arnulfo Ortegón y William Aníbal Rodríguez, también de acuerdo a la rotación de turnos, que iban de 6 am a 2pm, 2 pm a 10 pm y 10 pm a 6 am, con reuniones diarias en las que el jefe impartía las instrucciones.

Néstor Segura, por ejemplo, manifestó que fue el director de operaciones de ASL y en esa calidad fue el representante del operador logístico ante Bavaria, encargado de recibir la información que le era transmitida por el cliente Bavaria en las reuniones diarias en las que hacía la revisión del tema y las observaciones a que había lugar, conforme al contrato de prestación de servicios; señala que la información diaria suministrada por Bavaria, se pasa a los Coordinadores y los coordinadores la entregan a los supervisores y de acuerdo con esa información los supervisores imparten las instrucciones al personal operativo mediante órdenes, en este caso, a los montacarguistas como es el caso del demandante.

Sopesadas las dos vertientes testimoniales la Sala encuentra que tienen mayor solidez las narraciones de Néstor Segura y Gloria Patiño, por cuanto siendo claro que entre Bavaria y ASL se celebró un contrato de operación logística, como además está establecido de manera inequívoca en el proceso, es apenas lógico que, por lo menos formalmente, la segunda debió realizar algunos actos que revelaran su calidad de empleadora, máxime si se tiene en cuenta que es esta compañía 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, y por ende es dable inferir que los funcionarios de ASL interactuaran de alguna forma con el demandante y los testigos, de modo que resulta poco creíble que estos no los conocieran, o por lo menos a algunos, o que en algún momento no le impartieran alguna instrucción. Lo anterior no quiere decir que los referidos funcionarios de Bavaria, a que se refieren los testigos, o algunos de ellos, no estuvieran presentes y vigilantes en las operaciones, o que no interactuaran con el demandante y con los demás operadores de montacargas. Lo dicho, sin embargo, no implica que debe prosperar la tacha contra los citados testigos, pues si bien su credibilidad es débil en el tema de los canales por los que circulaban las órdenes, en otros aspectos de sus narraciones sí coinciden con lo dicho por los otros deponentes y por las partes en sus interrogatorios.

En todo caso, lo expresado no es suficiente para socavar la conclusión de que fue Bavaria y no ASL la verdadera empleadora del demandante, y para ello se funda el Tribunal en las siguientes consideraciones:

Ninguna duda queda que entre Bavaria y la Agencia de Servicios Logísticos S.A. ASL S.A. se celebró el contrato de operación logística CT-2017-94 de 4 de julio de 2017, cuyo objeto fue "*el servicio de operación logística de productos y empaques, trasiego de botellas, reempaque de producto, aseo del CD, cargue y descargue manual de vehículos terrestres o marítimos, carpe y descarpe, revisión de envase o producto terminado, alistamiento de los productos para exportaciones, reparación de estibas, servicio dominical, remonte y desmonte de vehículos de distribución, apoyo en la generación de tornaguías y muestreo de envase" (...) b- "la EMPRESA suministrará al operador logístico 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 logístico deberá ubicar los productos y empaques dentro de CD sobre las estibas de madera debidamente identificadas.* Y otras obligaciones del operador logístico tales como las establecidas en la cláusula *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".* Esas labores, como antes se dijo, se ejecutarían y se ejecutaron en el Centro

de Distribución de Bavaria en Tocancipá, donde además, es dable deducir, se desarrolló la labor de producción de la empresa y donde comparten espacio tanto trabajadores de planta de Bavaria como funcionarios de esta y de otros operadores logísticos, como se colige del propio contrato de operación logística, y se deduce también de la declaración del testigo Segura, quien afirma que los señores William Pereira, Didier Mora, José Navarro y Álvaro Escobar tienen sede en las instalaciones de Bavaria, entendiéndose que se refiere a las instalaciones de Tocancipá, que eran las que el testigo frecuentaba para cumplir sus funciones como empleado de ASL; lo que ratifica la testigo Patiño al decir que Escobar y Mora eran líderes de Bavaria, denotando con ello que laboraban en el centro de distribución de Tocancipá, donde la testigo trabajaba. Estas personas, según se desprende del interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, eran trabajadores directos de Bavaria y aunque manifiesta también que laboraban en otros sitios diferentes a Tocancipá o en actividades distintas al señalar que Álvaro Escobar trabaja en la planta de Boyacá, Didier Anderson Mora es líder de empaque, Jorge Luis Navarro dice que está en la planta de Tibito- Boyacá, William Humberto Pereira Sierra es un ingeniero de gestión ambiental y Javier Betancur salió de la compañía el 27 de julio de 2017, con lo que pretende, según entiende la Sala mostrar que ellos no podían tener contacto directo con el personal operativo del centro de distribución, en este aspecto la Sala da credibilidad a lo relatado por el testigo inicialmente anotado (Segura) y lo afirmado por la testigo Patiño sobre la condición de líderes de Bavaria de dos de estos individuos, lo que quiere decir que si hacen esas aserciones es porque interactuaban con ellos, y ese trato no podía darse si no en el centro de distribución de Tocancipá. Llama la atención la Sala en las expresiones del testigo Segura cuando se refiere a la labor de los operarios de montacarga en relación con las líneas de producción "*...lo único que hacemos es suministrar el envase al transportador y cuando sale del transportador en la paletizadora cogemos el producto y lo almacenamos en la bodega";* y agrega que les correspondía coger las estibas y almacenarlas en la bodega dependiendo donde les designara el supervisor del operador logístico, de las que se puede deducir que la labor de producción estaba concatenada con la actividad del actor como montacarguista, pues debía llevar los envases para que los llenaran con los productos respectivos y una vez alistados ubicarlos en la bodega.

De otro lado, en la cláusula segunda del referido contrato, se observa que Bavaria se comprometió a entregar a título de comodato precario al operador logístico el inmueble donde opera el centro de distribución o despacho (señalado en la cláusula tercera) y otros elementos de trabajo. Allí 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" (..) "de la misma manera entregará otros elementos*

los cuales serán relacionados en la correspondiente acta de entrega (…). 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 titulo 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.".

Pero no hay constancia en el expediente de la referida acta, aparte de que no se entiende cómo pudo entregar en comodato, de manera real, un inmueble al que concurren y permanecen personas que nada tienen que ver con el supuesto comodatario sino con el comodante. Mírese que según lo declararon varios de los testigos el inmueble no tiene sino una entrada para personas y otra para vehículos, y en él coexisten controles de ingreso implementados por Bavaria (molinetes o talanqueras), como dicen dos de los testigos, con otros instalados por ASL (biométricos). O sea que a pesar de todo el inmueble lo compartían las dos compañías, como también se extrae de la cláusula 4.23 en virtud de la cual se obliga al operador logístico a permitir el ingreso de funcionarios del CD, gerentes de ventas, cajeros, facturadores, etc, con lo que se referían a trabajadores de Bavaria.

Tampoco fue allegada al proceso el acta de entrega en comodato precario de los "*otros elementos*" que menciona esta parte del contrato (cláusula vigésima) en cuanto a devolución de inmuebles, la maquinaria, el equipo de trabajo, los repuestos, las herramientas, lo que quiere decir que Bavaria no solo facilitaba el inmueble, sino otros equipos para el desarrollo de la labor del llamado operador logístico.

Los testigos Omar Eduardo Martínez Aparicio y Manuel Fernando Rodríguez Bernal fueron enfáticos en señalar que para la prestación personal del servicio, Wilson Yomar Jiménez Carvajal utilizó elementos de propiedad de Bavaria y en sus instalaciones; para el efecto, se tiene que el primero de ellos señaló *"porque esos elementos los proporciona Bavaria, que elementos se utiliza o manipulaba o con que trabajaba Wilson, trabaja con la montacarga, con los envases, con las estibas, todo eso es, propiedad de Bavaria"(…)"…en la parte del respaldo de la silla en donde uno reclina la espalda, aparece el sello de Bavaria…"* Y Manuel Fernando Rodríguez, indicó *"pero pues la verdad el tema del beneficio y todo digo Bavaria es porque son los carros de Bavaria, son las líneas de producción de Bavaria, son la botellas de Bavaria, todos tienen su logo, las montacargas de Bavaria, todo tiene su logo pues digo a quien más le va a beneficiar si uno le pone firma a todo pues por lógica y en mi ignorancia digo que son los que se benefician, no estoy asegurando porque lo que le digo yo era operativo mas no administrativo pero pues mi lógica es esa"*

También se observa que las cláusulas 4.39 a 4.45 del citado contrato de operación logística, corresponden a las observaciones sobre manejo de personal; las clausulas 4.58 y 4.58.1. sobre administración y cuidado de los montacargas, entre otras.

Con la declaración del demandante en su interrogatorio de parte no se pudo obtener una confesión que desvirtúe la condición de empleador de Bavaria, toda vez que no se cumplieron los requisitos establecidos en el art. 191 del CGP, pues su versión no versó sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas a él o que favorecieran a Bavaria S.A., pues en ningún momento aceptó que su verdadero empleador fue el operador logístico. Es importante aclarar que, si bien el demandante no asistió a la audiencia del art. 77 CPTSS, y que la juez de primera instancia impuso a su cargo, las consecuencias por su inasistencia, hay que decir que no hay lugar a declarar la confesión ficta, en la medida que la titular del despacho no hizo precisión sobre los hechos susceptibles de confesión.

Así mismo, no puede dejarse de señalar que a juicio del Tribunal el operador logístico no logró demostrar su autonomía en la ejecución del contrato. El relato del testigo Segura es convincente en ese sentido. En efecto, en las reuniones diarias que hacían, el cliente (Bavaria) definía el número de camiones que se iban a cargar, los productos que se iban a producir, etc; la clausula 4.27 del contrato reza que el operador logístico deberá abstenerse de actuar por su cuenta y riesgo, debía reportar el listado de su personal, prestar servicios 24 horas al día y los domingos que le señalara el cliente (Bavaria).

De modo, que puede colegirse que el operador logístico no gozaba de total autonomía técnica y administrativa, como se exige en el caso de los contratistas independientes a que se refiere el artículo 34 del CST; lo que lleva a concluir en el presente asunto, claro está, valoradas las pruebas en conjunto, Bavaria era quien definía el modus operandi y las prioridades en el proceso de producción y distribución, por lo es dable deducir que era la directa beneficiaria de los servicios prestados por el actor en el desarrollo de sus funciones como montacarguista u operario auto elevador.

Sobre los contratos como este, de operación logística, la Sala recuerda que la doctrina ha dicho, y este Tribunal comparte ese criterio, que es perfectamente viable que las empresas contraten con terceros la realización de algunas actividades, pero este no es un poder absoluto ni ilimitado, 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.

Igualmente ha sentado la doctrina 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.

De igual forma, por vía Jurisprudencial se ha sostenido, *mutatis mutandis*, 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). Igualmente, la Corte en esta misma sentencia sostuvo 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".*

Si bien desde el punto de vista económico, la descentralización tiene varios

objetivos, entendibles dentro del mercado, lo cierto es que desde el punto de vista laboral es necesario examinar otras facetas, con el fin de establecer si dicho proceder supone o no una segmentación del colectivo empresarial, al igual que verificar si está fundada o no en razones objetivas o técnicas del proceso productivo, como ha tenido oportunidad de señalarlo el Tribunal en otros procesos contra la misma demandada.

En cambio, desde el punto de vista laboral, debe analizarse si el tercero, con su conducta, patrocina un ocultamiento del verdadero empleador, o coadyuva la aparición de un poder de dirección compartido o incluso superpuesto entre sí. En otras palabras, podría entenderse que el límite consiste en el mantenimiento de actividades que conforman o configuran las características esenciales de una empresa. *(tomado de DESCENTRALIZACIÓN TERCERIZACIÓN SUBCONTRATACIÓN - Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2009, recuperado en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms_161337.pdf)*

En el sub lite, ninguna duda queda de que las actividades del actor se desarrollaron en las instalaciones del cliente Bavaria S. A. en Tocancipá y las mismas consistían en actividades de montacarga para la alimentación de las líneas de producción de la citada empresa, e incluía el cargue y descargue de los vehículos con el producto terminado, y el cliente tenía injerencia diaria en la labor del tercero, como lo dice el testigo Segura, aparte de que en las fotos allegadas con la demanda muestran que la señalización en ese sitio correspondía a Bavaria y no al operador logístico; estas fotos efectivamente no revelan que el actor recibiera órdenes de Bavaria, y en ello tiene razón su apoderado en la contestación de la demanda, pero en modo alguno tales pruebas fueron tachadas o desconocidas, aparte de que solo aparece la imagen del demandante, y las instalaciones en que se tomaron es dable admitir fueron las del centro de distribución, pues el apoderado no objetó este específico aspecto a pesar de que al presentar la prueba el demandante afirmó que correspondía a dicho sitio.

De manera que se cumplen varios requisitos para que no se considere como verdadera la condición de empleadora de ASL, por cuanto es claro para la Sala, que este actuó como un simple intermediario y por consiguiente debe tenerse como verdadero empleador a la empresa Bavaria S. A., sin que se deje de lado un aspecto fundamental para definir esta controversia y es que las labores desempeñadas por el actor estaban estrechamente ligadas con el cumplimiento del objeto social de esta y con su actividad económica principal, como quiera que esta consiste en la fabricación de cervezas y otras clases de bebidas, así como la adquisición, enajenación, comercialización, distribución, exportación almacenamiento de sus productos, como reza en el certificado de Cámara de Comercio, y las labores del operador logístico y del actor en particular tenían que

ver con la comercialización y distribución en tanto implicaban descargar los vehículos que llegaban a la compañía con el envase vacío y cargarlos con el producto final, así como la alimentación de las líneas de producción y sacar los productos terminados y ubicarlos en la bodega. De modo que no es de recibo la tesis del apoderado de la empresa en cuanto plantea que solamente están excluidas de la tercerización las actividades propias de la transformación de materias primas en producto final. En consecuencia, las tareas ejecutadas por el actor bien pueden entenderse relacionadas con la labor productiva y con el objeto social de Bavaria, o por lo menos conectado con este, como prevé la norma que se cita enseguida.

Cabe recordar que en los términos del numeral 2º del artículo 35 del CST, se consideran como simple 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 patrono para beneficio de este y en actividades ordinarias, inherentes **o conexas** del mismo (negrillas del Tribunal). Circunstancia que se da en el presente caso.

Se insiste, entonces, en que atendidas las circunstancias en las que se desenvolvió la relación y el hecho que el propietario de la planta donde funciona el centro de despacho es Bavaria, como también, dueño de los medios de trabajo con los que laboraba el demandante y, que además, las actividades desarrolladas por el trabajador eran inherentes a su objeto social, resultan siendo elementos que tienen mayor peso a la hora de determinar quien es el verdadero empleador, pues de no ser así se abrirían las compuertas para que Bavaria u otras empresas en el futuro pueda también contratar operadores logísticos para que manejen, en sus instalaciones, la producción o la materia prima, otro para que maneje las ventas, y celebrar contratos de comodato para entregar las máquinas y equipos e incluso la materia prima, y así segmentar y compartimentar toda su actividad con lo cual desaparecería la noción de empresa prevista en el artículo 194 del CST como toda unidad de explotación económica que tiene trabajadores a su servicio, y habría que cambiar esta última parte del enunciado para agregar *"y tiene operadores logísticos a su servicio".* Vale aclarar que la intervención de la operadora logística en este caso es dable subsumirla en el literal b) del artículo 32 del CST en cuanto los intermediarios se consideran representantes del empleador y desde este ángulo es considerada su gestión en los aspectos antes relacionados.

Se enfatiza que no es que se niegue la posibilidad de 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 o *"in house",* como se

dice en algunas de las actuaciones, pero tampoco se trata, como antes se dijo de una potestad absoluta e ilimitada, y en el presente no observa la Sala que la conducta de la demandada suponga un uso aceptable de la figura, sino que constituye una segmentación de la noción de empresa que, de abrirse paso en la forma en que se configuró en este caso, implicaría que las empresas pueden dejar de contratar directamente trabajadores para hacerlo a través de operadores logísticos u otras formas de intermediación. Debe puntualizarse, eso sí, que cada caso debe examinarse de manera particular atendiendo el material probatorio aportado y las particularidades del mismo, así como los lineamientos jurisprudenciales.

Hay que señalar que en estos casos no es necesario que se cuestione o pida la ineficacia del contrato denominado de operación logística, como insinúa el apoderado de Bavaria, pues basta simplemente con que se reclame la existencia del contrato con el empleador verdadero, como aquí se hizo, con base en el principio de primacía de la realidad, que en estos eventos tiene cabal aplicación.

La situación acaecida tampoco encaja en el artículo 34 del CST, pues como ya se vio se echa de menos la autonomía del contratista que exige dicha disposición legal, pues la labor de producción estaba a cargo de empresas diferentes a la operadora logística, lo mismo que el transporte y distribución y venta, estableciéndose "*una cadena*", como dice gráficamente el testigo Segura, en la que interactuaban varias compañías y actividades, en la que todas se necesitaban y requerían, y en la que la actividad del demandante era necesaria y concatenada tanto para el proceso de producción como de distribución de los productos elaborados. Mírese que las ventas estaban controladas y manejadas por Bavaria y por lo tanto era esta la que definía en las reuniones diarias que realizaban, qué se producía y qué se despachaba.

En ese orden de ideas, y al estar plenamente demostrado que la operadora logística era un intermediario y que el verdadero empleador era Bavaria, se confirmará este aspecto del fallo recurrido.

Resuelto lo anterior, y atendiendo a la apelación impetrada por Bavaria, la Sala entra a dilucidar si es viable la condena impuesta por el juzgado, o si no hay lugar a la misma por cuanto el demandante no reclamó la aplicación de la convención colectiva de trabajo, en la que se fundamentó la jueza para imponerla.

La Jueza condenó a Bavaria S.A. a pagar al demandante la suma de $3.061.863 como diferencia salarial, de conformidad con la convención colectiva suscrita por Sinaltraceba de la que dijo, era beneficiario aquel. No aplicó los beneficios del

pacto colectivo porque el demandante demostró estar afiliado al sindicato Sinaltraceba y dicho sindicato firmó la convención colectiva vigente desde el 1 de septiembre de 2017. Aplicó los beneficios desde el 22 de diciembre de 2017 por ser la fecha de afiliación del actor a la organización sindical, en la medida que tampoco se demostró que desde el inicio de la relación se le pudiera dar alcance a lo estatuido en el artículo 471 del CST, es decir que el sindicato agrupara a más de la tercera parte del total de trabajadores de la empresa, y hasta el 23 de febrero del año 2018, pues no se demostraron servicios más allá de esta fecha, condenando solamente a la diferencia salarial, ya que los demás derechos reclamados no se causaron, sobre la base que el trabajador se le pagaba un salario de $1.200.000 y que para ese momento del año 2017 de acuerdo con la convención colectiva suscrita por Sinaltraceba con Bavaria S.A., el salario ascendía a un jornal de $88.601 diarios, lo que asciende a $2.658.030.

Bavaria S.A. apeló en todo lo que le resultare desfavorable a sus intereses; en concreto señaló que el juzgado hizo una mala interpretación del hecho No. 28 de la demanda porque lo que habla ese hecho es que el demandante "*en el mes de diciembre del año 2017 hizo parte de la Constitución de las subdirectivas de Sindicato Nacional Sintracergal y fue nombrado como tesorero de la Junta directiva por ser un sindicato industrial, también se afilió a Sinaltraceba"* y que también, según el hecho 29 se afilió a Sinaltraceba; que pese a ello, pero en ninguna de las pretensiones solicita que se le aplique la convención colectiva del trabajo; aduce en el recurso que el demandante lo que esta pidiendo son los beneficios del pacto colectivo y que en eso sí está de acuerdo con el juzgado en que el demandante no es beneficiario del pacto colectivo, y eso es lo que solicita en la pretensión novena, pero en ningún momento pide que se le de aplicación a la convención colectiva del trabajo. En su opinión considera que el juzgado se equivocó porque accede a una petición que el demandante no está reclamando. Aduce que, aunque el juzgado tenga que interpretar la demanda en muchos aspectos, para este caso no, porque las peticiones tienen que ser solicitadas de manera expresa o si no significa que la parte actora en este caso no estaba persiguiendo la aplicabilidad de los beneficios de una convención colectiva de trabajo.

El recurso se examinará y estudiará de acuerdo con lo previsto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, sin que en este campo pueda el juez de segunda instancia, analizar cuestiones que el recurrente no propuso de manera explícita y palmaria. En consecuencia, se revisará si el juez se equivocó al conceder una pretensión que, según la empresa, no fue reclamada.

En el sub lite, la pretensión No. 12 de la demanda, dice *"Se declare que a partir de la sentencia constitutiva del CONTRATO REALIDAD se desprende la calidad de trabajador que ostentó*

el señor WILSON YOMAR JIMÉNEZ CARVAJAL, directamente con la empresa Bavaria S.A., por lo cual es beneficiario de las prerrogativas legales y extralegales de un trabajador de planta.".

De modo, que en la demanda en ningún momento se pretendió que se aplicara solamente el pacto colectivo, pues es claro que al reclamar las prerrogativas extralegales con esa expresión se entendía quedaban cobijados los derechos pactados en la convención colectiva, sin que el hecho de que no se hiciera mención a esta, de manera específica, impidiera a la juez aplicarla y tenerla en cuenta como fuente de derechos. Así entonces, de ninguna manera es de recibo la tesis de que se falló de manera incongruente o se concedió una prestación no solicitada, porque se falló de acuerdo con lo solicitado, máxime si se tiene en cuenta que en los hechos de la demanda referidos por el recurrente (28 y 29), el actor aludió a la convención colectiva y a su calidad de beneficiario, por lo que era dable entender que pretendía su aplicación.

Es de recalcar que en este caso Bavaria no cuestionó el alcance de la cláusula convencional ni su aplicación al demandante, por lo que no puede la Sala adentrarse en el estudio de dichas cuestiones.

Por lo tanto, se confirmará este aspecto del fallo acusado.

Por último, y como quiera que es objeto de apelación por la parte demandante los extremos temporales de la relación laboral existente entre el actor y Bavaria S.A., como quiera que los mismos fueron determinados en primera instancia entre el 22 de junio del año 2015 al 23 de febrero del año 2018 conforme a las pruebas del proceso. El demandante en su recurso de apelación pide se extiendan los beneficios de la condena al 2 de diciembre de 2019, en la medida que en el mes de julio de 2018 le fue aplicado el artículo 140 del CST, dice él en el interrogatorio de parte, hasta el 2 de diciembre de 2019 cuando fue desvinculado, agregando que este hecho que no dio a conocer al despacho de manera oportuna, porque al 8 de noviembre de 2019 (fecha de contestación de la demanda por parte de Bavaria) aún seguía trabajando, por ende no había hechos nuevos para una reforma; reclama igualmente, que el extremo final no coincide ni siquiera con la fecha de presentación de la demanda, que lo fue el 23 de abril de 2018; e igualmente que la reliquidación se ha por la diferencia salarial, sobre el valor real a razón de $88.601 que equivale a $2.658.030 mensuales.

Para resolver este punto de la apelación, se tiene que, la fecha en que inició la relación laboral se extrae de los desprendibles de pago, de la copia del contrato de trabajo y de la certificación expedida por ASL, arriba referenciados, esto es el 22 de junio de 2015 por lo que se mantendrá este extremo como inicio del

contrato. En cuanto al extremo final, si bien se cuenta con dicha certificación, lo cierto es que, la demanda fue presentada el 24 de abril de 2018 según el sello del juzgado y aunque allí se afirma que para esta fecha el actor aún se encontraba laborando, no hay ninguna constancia firme de ello, pues los comprobantes de pago de salarios llegan hasta febrero de 2018 y los aportes a seguridad social hasta el mes de enero, sin que el actor se hubiese preocupado por allegar pruebas de la persistencia del contrato después de esas fechas, máxime si se tiene en cuenta que la demanda se presentó en abril de 2018. De otro lado, los testimonios de Omar Eduardo Martínez Aparicio y Manuel Fernando Rodríguez Bernal no son suficientes para considerar que el contrato de extendió hasta mediados de año, porque en este aspecto no dan la razón de su dicho, incluso el segundo dice que cree que duró hasta mediados de año, sin que en todo caso haya prueba de que el contrato de extendió hasta la fecha que dice el actor, pues se trata de su propio dicho en su beneficio particular.

En consecuencia, en este punto se confirmará la decisión apelada.

Sin costas en esta instancia por cuanto ninguno de los recursos salió avante en su totalidad.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 4 de marzo del 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por WILSON YOMAR JIMÉNEZ CARVAJAL contra BAVARIA S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

RUTH ESPERANZA URIBE MÉNDEZ

Secretaria