



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

<b>PROCESO</b>	ORDINARIO
<b>DEMANDANTE</b>	ELÍAS ALEJANDRO PINEDA CRUZ
<b>DEMANDADO</b>	CERVECERÍA DEL VALLE S.A., AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS ASL S.A.
<b>PROCEDENCIA</b>	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
<b>RADICADO</b>	760013105 007 2020 00135 01
<b>INSTANCIA</b>	SEGUNDA – APELACIÓN
<b>PROVIDENCIA</b>	SENTENCIA No. 231 del 29 de septiembre de 2023
<b>TEMA Y SUBTEMAS</b>	CONTRATO REALIDAD, TERCERIZACIÓN LABORAL, INTERMEDIACIÓN.
<b>DECISIÓN</b>	CONFIRMA Y REVOCA PARCIALMENTE

Hoy, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Cuarta de Decisión Laboral y como magistrada ponente ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA, proceden a resolver el recurso de apelación de la Sentencia No. 230 del 22 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **ELÍAS ALEJANDRO PINEDA CRUZ** en contra del **CERVECERÍA DEL VALLE S.A., AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS ASL S.A.** bajo la radicación **760013105 007 2020 00135 01.**

**ANTECEDENTES PROCESALES**

El señor **ELÍAS ALEJANDRO PINEDA CRUZ** demandó a **CERVECERÍA DEL VALLE S.A.** para que se declare entre ellos hubo un contrato de trabajo desde el 17 de febrero de 2010 hasta el 15 de mayo de 2017, tras haberse superado el termino legal de contratación; que como trabajador en misión hizo la **AGENCIA DE**

**SERVICIOS LOGÍSTICOS ASL S.A.**; así también pide se condene al empleador a reintegrarlo al cargo que desempeñaba y al pago de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro.

Pretende además se condene a las demandadas solidariamente al pago de reajustes por nivelación salarial comparándolo para el efecto con los trabajadores vinculados directamente con CERVECERÍA DEL VALLE S.A., así como al pago de la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías, la del artículo 65 del CST por el pago deficitario de prestaciones a la terminación del contrato y al reajuste de beneficios convencionales.

Como **hechos** de la demanda, en sustento de sus peticiones, indicó que suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con la AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS ASL S.A. desde el 17 de febrero de 2010 hasta el 15 de mayo de 2017, para prestar sus servicios a CERVECERÍA DEL VALLE S.A., en el cargo de montacarguista en la planta de Bavaria.

Explica que el 17 de febrero del 2010 suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con fecha de culminación el 16 de agosto de 2010, el cual se prorrogó por varios periodos más y que, el 15 de enero de 2011, suscribió un otrosí con la AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A. para continuar con el contrato de trabajo a término indefinido y perduró como trabajador en misión en Cervecería del Valle S.A. hasta el 28 de abril de 2017.

Asegura que cumplía funciones en un horario de trabajo y bajo la subordinación de Cervecería del Valle y que se le pagaba un salario básico \$981.807 mensuales que se incrementaba con recargos nocturnos, festivos y horas extras, para un promedio mensual \$177.213. Que las labores desempeñadas no eran provisionales, transitorias, ni por picos de producción, sino permanentes, propias del objeto social de Cervecería del Valle S.A.

Que el 21 de octubre de 2014 se afilió al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LAS BEBIDAS, ALIMENTOS, SISTEMA AGROALIMENTARIO AFINES Y SIMILARES EN COLOMBIA SINALTRAINBEC, subdirectiva Yumbo.

Que, el 28 de abril de 2017 se le informa de manera escrita la terminación del contrato de trabajo a partir del 15 de mayo de 2017 invocándose como justa causa el artículo 47 Numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo.

Afirma que la organización sindical UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LAS BEBIDAS, ALIMENTOS, SISTEMA AGROALIMENTARIO UTIBAC, sub directiva Yumbo, le presentó a ASL S.A. pliego de peticiones en favor de los trabajadores sindicalizados, pero la empresa hasta la fecha de presentación de la demanda se había negado a iniciar las conversaciones y que al estar afiliado al sindicato al momento del despido gozaba de fuero circunstancial, por encontrarse los trabajadores en conflicto colectivo de trabajo.

Señala que SINALTRAINBEC y UTIBAC tienen firmada una convención colectiva con la empresa CERVECERÍA DEL VALLE S.A. S.A., la cual tiene una vigencia del 1 de septiembre de 2017 hasta el 31 de julio de 2019.

Por Auto interlocutorio No.1469 de 12 de agosto de 2020, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali admitió la demanda y ordenó la notificación de los demandados.

La **AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A.** dio contestación a la demanda aceptando la suscripción del contrato de trabajo a término fijo con el actor y su renovación.

Aduce que el demandante nunca prestó los servicios a CERVECERÍA DEL VALLE S.A. y que laboraba en el centro de distribución entregado a la empresa ASL S.A. en comodato en cumplimiento del contrato comercial de operación logística.

Afirma que el actor siempre estuvo subordinado a ASL S.A., empresa autónoma e independiente que no presta servicios de temporal o de enviar trabajadores en misión.

Señala que UTIBAC el 27 de junio de 2017 fue notificada de citación a las instalaciones de la empresa para abrir un espacio, ser escuchados y que el pliego de peticiones fue radicado después de que la empresa notificara a las personas que

trabajaban en centro de operación de CERVECERÍA DEL VALLE que esta había sido asignada por medio de licitación pública a otra empresa.

Señala que el pliego de peticiones fue presentado por UTIBAC con quien nunca se iniciaron negociaciones pues la empresa no tiene sindicatos adscritos a su nombre.

La **CERVECERÍA DEL VALLE S.A.** dio respuesta a la demanda indicando que no le consta que el demandante haya celebrado contrato de trabajo con la AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS ASL S.A., como tampoco le constan los extremos temporales de la misma, pues el demandante no ha sostenido vínculo de ninguna índole con CERVECERÍA DEL VALLE S.A.

Asegura que entre la CERVECERÍA DEL VALLE S.A. y la AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A. existía un contrato de operación logística, el cual ejecutó bajo su propia cuenta y riesgo, con libertad, autonomía técnica, administrativa y directiva.

Propone en su defensa las excepciones de inexistencia de la causa y la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago, inexistencia de fuero circunstancial.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali decidió el litigio mediante la Sentencia No. 303 del 11 de diciembre de 2020 en la que declaró la existencia de la relación laboral entre el demandante y CERVECERIA DEL VALLE S.A., absolvió de las demás pretensiones relativas al reintegro, nivelación salarial y reajustes y, condenó en costas al actor.

En sustento de la decisión el *a quo* indicó que se probó la existencia de la relación laboral entre el demandante y la cervecería demandada por cuanto se acredita que el actor desempeñaba labores de montacarguista en la planta de la propiedad de CERVECERÍA DEL VALLE, sociedad que ejercía el control de su labor, precisando que las funciones del demandante eran propias del objeto social de esta compañía, como

lo es la fabricación de bebidas, y en consecuencia, indicó que no se hallan razones justificables para la tercerización.

Adujo el a quo que ASL S.A. no cuenta con estructura propia y pretende serlo maquillando un contrato de comodato respecto de la estructura y maquinaria, así esconder un contrato de trabajo entre el demandante y Cervecería del Valle, cuando realmente solo es un proveedor de personal.

Respecto al fuero circunstancial, refiere que el demandante no prueba que el sindicato al que estaba afiliado haya presentado al empleador pliego de peticiones. Además, no aporta certificados de existencia de estos sindicatos, por lo tanto, negó el reintegro pretendido al no probarse la garantía.

Respecto a la nivelación salarial, considera que no encuentra sustento de las referidas nivelaciones, pues no se acreditan los salarios o prestaciones diferenciales con sus pares o cargos de trabajadores contratados directamente por la demandada Cervecería del Valle.

### **APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte **demandante** presentó recurso de apelación aduciendo que, si bien no pudo acreditar documentalmente el fuero circunstancial, la demandada en la contestación no lo niega y que admite que se entregó un pliego de peticiones, configurándose una violación flagrante al fuero circunstancial y dándole sustento a las pretensiones del reintegro y demás pretensiones que se desglosan de esa pretensión.

La demandada **CERVECERÍA DEL VALLE** también presentó recurso de apelación, alegando que en este caso no existió un contrato realidad con el señor Elías Alejandro Pineda. Aduce que quedó demostrado que había una plena dependencia y autonomía directiva, técnica y financiera por parte de ASL, empresa que no solamente le prestaba los servicios a Cervecería del Valle, sino a muchas otras empresas como Recamier y JGB.

Sostuvo que se demostró que en CERVECERÍA DEL VALLE no existe la labor de montacarguista y que no está dentro de su objeto social y, aunque lo estuviera, es viable que, si aparece la función de cadena logística, este puede desligarse o descentralizarse a un tercero para ejecutarlo de manera independiente y autónoma. Señala que ASL S.A. ejecuta los servicios de manera independiente y autónoma, que las herramientas de trabajo eran entregadas por ASL, los montacargas en el que ejercían sus funciones eran de DISTOYOYA S.A.S, una empresa completamente diferente a Cervecería del Valle y, el centro de distribución era entregado en comodato a la empresa ASL.

En cuanto al fuero circunstancial, solicita se ratifique la inexistencia principalmente porque el demandante no estaba al momento de su despido amparado por el mismo, no se encontraba afiliado a la organización sindical, no se prueba ni siquiera su afiliación a la organización UTIBAC así él lo manifieste y segundo, el supuesto conflicto colectivo se inició fue con UTIBAC y ASL y nunca con Cervecería del Valle, por lo tanto, los efectos de ese fuero circunstancial no pueden ser trasladados a la empresa.

La demandada **ASL S.A.**, apeló la decisión de primera instancia argumentando que, con la documentación aportada y los contratos de los demás clientes, se demostró que la empresa es un operador logístico autónomo especializado, que desempeña sus funciones no solo con este cliente, sino que tiene la autonomía económica y administrativa para ejecutarlos con otras personas en diversas instalaciones, bien sean propias o in house.

Alega que se demostró esta autonomía administrativa y financiera de ASL, que no depende solamente del cliente Cervecería del Valle, de sus instrumentos o las instalaciones dadas en comodato para ejecutar sus funciones sino que tiene ya una experiencia alta, unos medios económicos, administrativos, organizacionales, que le permiten ejecutar estas funciones dentro de lo contemplado en el Decreto 737 del 2014, de lo establecido en el principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia y de los parámetros del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que permite ejecutar estas funciones siendo terceros completamente independientes.

Respecto al fuero circunstancial, solicita que ratifique, como quiera que efectivamente la carga de la prueba del demandante y no reposa documento alguno en el expediente que conste fecha de presentación, qué ha sucedido con esa documentación o qué pasó con ese pliego de peticiones, si se iniciaron negociaciones o no, si prosperó.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

En los términos procesales previstos, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión sin que hayan aprovechado esta oportunidad.

No encontrando vicios que puedan generar la nulidad de lo actuado en primera instancia y surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 se profiere la

### **SENTENCIA No. 231**

### **PROBLEMAS JURÍDICOS**

Teniendo en cuenta el recurso de apelación el **problema jurídico** a estudiar consiste en determinar: (i) Si entre el demandante y CERVECERÍA DEL VALLE S.A. existió un verdadero contrato de trabajo en el que ASL actuó como mero intermediario, (ii) si al momento de terminarse el contrato de trabajo del demandante gozaba de fuero circunstancial y si su despido resulta ineficaz, para establecer si hay lugar al reintegró con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir.

**La Sala defenderá la siguiente tesis: i)** Entre el demandante y Cervecería del Valle no existió una relación laboral, pues esta última NO actuó como empleador resultando ser ASL S.A. frente a quien se produjeron los elementos del contrato de trabajo. ii) el demandante no demostró estar amparado al momento de la terminación del contrato por fuero circunstancial.

## **CONSIDERACIONES**

El análisis del caso versará sobre lo que es objeto del recurso de apelación atendiendo lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 que alude al principio de la consonancia, en virtud del cual la actividad de la segunda instancia se restringe a los puntos concretos de inconformidad.

Con relación al primer punto objeto de inconformidad, esto es quién es el verdadero empleador del actor, en tanto, los recurrentes afirman que lo fue ASLS.A., conviene iniciar indicando que desde el escrito demanda el señor ELIAS ALEJANDRO PINEDA CRUZ afirma haber suscrito contrato de trabajo con ASL S.A., pero pretende restarle valor y que se le considere a esta empresa como un intermediario, pues según su dicho, fue enviado como trabajador en misión a CERVECERÍA DEL VALLE S.A. y se superó el término de 6 meses permitido a las empresas de servicios temporales para tal fin.

Al respecto, es de precisar que ASL S.A. no es una empresa de servicios temporales, como erradamente lo considera la parte demandante. En efecto, según el certificado de existencia y representación legal (archivo 11, fl. 65 a 73), dicha sociedad no fue constituida para la prestación de servicios de colaboración temporal a terceros usuarios, sino «para prestar servicios de operación logística de productos nacionales o extranjeros importados, elaborados y/o comercializados por empresas nacionales y/o extranjeras registradas legalmente en Colombia.».

Ahora, esa cuestión no es determinante, pues en todo caso, habrá de analizarse si ASL actuó o no como un intermediario, pero no desde la perspectiva planteada en la demanda, es decir de que ASL S.A. es una empresa de servicios temporales y que superó el límite de 6 meses para enviarlo como trabajador en misión, si no, estableciendo si se limitó a proporcionar un personal sin que frente a ella se presentaron los elementos de la relación laboral, es decir si se actuó como intermediario o si hubo una tercerización empresarial como lo alegan los recurrentes demandados.

Pues bien, para establecerlo es necesario verificar con quién se dieron los elementos del contrato de trabajo, a saber, los definidos por el artículo 23 del CST, siendo estos

i) la actividad personal del trabajador, ii) la continuada subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario como retribución del servicio.

Así entonces, acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, la misma será de esta naturaleza, independiente de la denominación jurídica que se le haya dado. Y como una garantía a favor del trabajador, el artículo 24 del CTS dispone que: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*

En atención a lo señalado antes, debe indicarse que es carga de la parte demandante probar la prestación personal del servicio, para que, según la presunción legal, el accionado asuma la obligación de desvirtuar que ella tuvo su fundamento en un contrato de trabajo.

Y respecto a esa prueba la h. Corte Suprema ha definido un as de indicios que se extraen del convenio 198 de la OIT, y que redundan en la determinación de la existencia del contrato de trabajo, por ejemplo son ellos el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL4767- 22020); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344- 2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) e integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En relación con el criterio de la integración en la organización de la empresa explicó la sala (CSJ SL4479-2020), que se trata de un indicador abierto, complejo, toda vez que comprende otros indicios y que permite la resolución de casos dudosos, como los que se presentan en asuntos de tercerización laboral o de subcontratación en las que el juez se enfrenta a una pluralidad de empresas (relaciones multipartitas o redes empresariales) o trabajos caracterizados por el uso intensivo de las

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y en este se engloba tres conceptos: integración, organización y empresa, con los que se supone que la empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de su titular. Así, cuando el empleador organiza de manera autónoma sus procesos productivos y luego inserta al trabajador en ese ámbito para dirigir y controlar su labor, según esos fines empresariales, se estará ante un indicio claro de subordinación, toda vez que el trabajador no cuenta con una organización empresarial suya con su propia estructura, medios de producción, especialización y recursos, sino que se ensambla en la de otro, careciendo entonces de autonomía. Todo lo anterior recogido en la sentencia SL1439-2021.

Pues bien, antes entrar a determinar si en el asunto bajo estudio se dan los elementos de la relación laboral, es necesario precisar que la intermediación laboral, es la actividad organizada encaminada a poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades, entendiéndose como oferentes de mano de obra las personas naturales que están en disposición de ofrecer su fuerza de trabajo en un mercado laboral y, como demanda de mano de obra, el requerimiento de las diferentes unidades económicas para que sus vacantes sean ocupadas por personas calificadas para el desempeño de las mismas.

Debe tenerse en cuenta que la intermediación laboral conforme al artículo 35 del CST abarca dos modalidades, el simple intermediario y el intermediario con apariencia de contratista independiente o lo que la jurisprudencia ha denominado “representante del empleador”.

Por otro lado, en la tercerización, el empresario «hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo» (CSJ SL467-2019), lo que comúnmente se concreta a través de la figura de los contratistas y subcontratistas prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Luego, en la tercerización laboral, hay una externalización de tareas o, si se quiere, un traspaso de actividades de una empresa a otra, pero sin transferencia de la organización empresarial. Por ello, la empresa cesionaria puede revertir la actividad cedida o delegarla en otro contratista.

Debe precisarse que la tercerización laboral NO está prohibida en Colombia, pero debe tenerse claro que, como se ha explicado en la sentencia CSJ SL4479-2020, ante la figura del contratista independiente se exige *«que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos»*, de manera que no actúa como verdadero empresario quien *«carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación»* sino como *«un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal»*.

Por lo tanto, la tercerización laboral, es legítima bajo lo dispuesto en el artículo 34 del CST cuando se aleja de las razones objetivas, técnicas y/o productivas por las que ha sido concebida, pierde su licitud en tanto pasan a ser relaciones que simplemente tienen por fin evitar u ocultar la vinculación laboral directa con el empleador empero, en ese contexto, la tercerización nunca podrá ser utilizada como una herramienta que atente contra los principios mínimos del derecho al trabajo previstos por el artículo 53 de la Constitución Política (CSJ SL467-2019, CSJ SL017-2023).

En esta última decisión se recordó lo considerado al respecto en la sentencia CSJ SL4479-2020:

*Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente.*

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

En esa medida, si las empresas con quienes se hubiere tercerizado el servicio no

actúan como verdaderas empleadoras, por cuanto no ejercen el poder de sujeción propio de los vínculos subordinados, es dable que, por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se les atribuya la condición de simples intermediarios, en los términos del artículo 35 del CST.

Con base en lo dicho y al analizar las pruebas recaudadas para establecer la presencia de los elementos del contrato de trabajo, se verifica en este asunto que el demandante realmente prestó sus servicios a ASL S.A. y que fue esta empresa quien ejerció el poder subordinante. Además, al analizar las figuras de la tercerización e intermediación laboral, se logra verificar que ASL era una sociedad que contrato con CERVECERÍA DEL VALLE y que en el desarrollo de ese contrato hubo autonomía técnica, financiera y administrativa, es decir que actuó como contratista independiente y que en este caso hubo una tercerización del proceso como se pasa a explicar.

En efecto, el actor aceptó en el interrogatorio de parte haber suscrito con ASL S.A. inicialmente contrato de trabajo a término fijo y luego, en el 2010, de común acuerdo, variarlo a término indefinido (fls. 36 y 48 del archivo 1, cuaderno del juzgado), contrato que, según también confiesa, culminó por decisión de ASL S.A. como su empleador. En esta declaración señala además que su labor era dirigida por FABIAN SANCHEZ y VÍCTOR MONCALEANO, gerentes vinculados a ASL S.A.. Afirma que ASL le entregaba la dotación y uniformes con el logo de la sociedad, ante el área de recursos humanos de esta empresa solicitaba permisos, vacaciones, cambios de turno; era esta la que le pagaba el salario y prestaciones sociales, que el ingreso a la planta lo registrada en el biométrico pero que, en caso de no poder hacerlo, debía reportarse a recursos humanos de ASL S.A.

Estas afirmaciones dan cuenta de que existía una sujeción con respecto a la empresa contratante, que fue quien en efecto ejerció ese poder subordinante, que la relación de trabajo que ligó al demandante laboralmente lo fue con ASL S.A., pues fue quien le contrató, se encargó del pago de los salarios, prestaciones y aportes a seguridad social, conceder vacaciones, conceder permisos, dirigir la labor.

Adicional a lo anterior, el testigo WILSON RIOS, en su declaración da cuenta de esa subordinación del demandante respecto a ASL, mírese como afirmó que era ASL

quien les pagaba el salario, que los jefes eran supervisores de A.S.L. y, aunque afirma que también le daban ordenes ingenieros de línea de BAVARIA, al preguntársele por los nombres de los ingenieros dice que no lo sabe porque trabajaba en otra área de logística. También afirmó que MILTON MONCALEANO y FABIAN SANCHEZ eran supervisores de ASL S.A. y eran ellos quienes le informaban la operación que debían hacer, los estantes que debían surtir, programaban los turnos y decían qué se hacían de acuerdo con una programación, que, aunque dice era dada por BAVARIA, señala que nunca vio que les entregaran a los supervisores esta programación. Se trata pues, de un testigo que tuvo un conocimiento directo de las directrices dadas por personal vinculado a ASL, así como la asignación de turnos y horarios, que es bien sabido es una manifestación del poder subordinante.

Por su parte, HEIDALY CUACES, analista de controles de CERVECERÍA DEL VALLE, señaló que el operador logístico fijó los turnos para almacenar el producto terminado, es decir, ASL a través de sus jefes; el líder del operador logístico Fabian Sánchez o el líder de inventarios Milton Moncaleano.

Afirma que, desde CERVECERÍA DEL VALLE se daban los lineamientos a Fabian Sánchez y a Milton Moncaleano y, ellos se encargaban con todo su personal, es decir, con todos los funcionarios de ASL de ejecutar esas instrucciones. Ordenes que percibió porque ella también iba al lugar donde ellos prestaban sus servicios.

Sobre la coordinación del trabajo en las líneas de producción de ASL, explicó que dependiendo de qué línea estuviese andando, se les indicaba a los líderes, a Fabian y Milton, la programación que tenían y se les pedía organizar su personal para que se pudieran atender las líneas. Entonces ya Fabián Sánchez y Milton Moncaleano organizaban esos turnos.

Dice que cada mes se realizaba un inventario fiscal y precisamente como ASL tiene en custodia el producto, los funcionarios de Cervecería del Valle, hacían el inventario para validar si efectivamente las cantidades teóricas eran las mismas que las reales y se hacía ese ajuste, el faltante se cobraba y el sobrante se ajustaba para que la cantidad teórica cuadrara con cantidad real, y esta tarea se hacía entre los dos equipos.

Señala que ella era encargada de bajar a piso, donde trabajaba el personal de ASL, a validar si las instrucciones y todos los requerimientos que se le habían dado a Fabian y a Milton en su momento se estaban cumpliendo, porque son veedores de ese contrato.

Que los trabajadores de ASL tenían un uniforme diferente a los de CERVECERÍA DEL VALLE.

El señor NÉSTOR CAJAMARCA, auxiliar de monitoreo de a ASL y vinculado a la empresa desde noviembre 15 de 2012, refiere que fue montacarguista y que el demandante fue su compañero.

De su declaración puede extraerse que la labor del demandante era dirigida por personal vinculado a ASL, pues relata que tenían como jefes a los señores Fabian Sánchez, al supervisor Diego Rendón, a Víctor y a Erik Cuevas, que ellos hacían todas las programaciones, eran los jefes directos. Que se sacaba una programación formal, sabían que turno les tocaba y si había un cambio o algo, el tema se trataba directamente con el supervisor de ASL, pero todos tenían unos turnos específicos.

También que ante ASL debían rendirse cuentas de la labor, pues señala que al final de cada turno tenía hacerse un reporte de la producción al jefe directo de ASL, además que el cumplimiento del tiempo de trabajo era vigilado por ASL, pues era ante esos supervisores que se pedían los permisos para salir más temprano o si se tenía una cita médica.

Que, por ejemplo, para el pago de la nómina, se verificaban las horas extras laboradas y para el efecto debían marcar la entrada y salida en un biométrico que estaba al frente de las instalaciones del jefe de ASL y se los llevaba directamente al supervisor; que en caso de no pagarle las horas extras se hacía un reclamo al supervisor de ASL, en un formato y él les solucionaba, es decir que no solo verificaba el cumplimiento del tiempo sino que controlaba el pago o remuneración de acuerdo al tiempo laborado, actividad propia de quien tiene la calidad de empleador.

Que las vacaciones, las dotaciones y los elementos de protección personal eran entregados por ASL y los alimentos los tomaban en un casino de ASL.

NELSON MAURICIO JACOME, afirma haber sido jefe directo del señor Pineda desde el 2015 hasta el 2017 y refiere que los turnos eran organizados directamente por ASL, que tenían un supervisor líder encargado que realizaba la programación de la semana todos los viernes y se publicaba al personal en la noche, así el personal se organizaba en sus turnos para cumplir con lo requerido por el cliente.

Que ASL, en su contrato de operación logística con Cervecería del Valle, estableció unos procesos en donde ASL debe intervenir en la operación logística, son procesos de cargas, descargas, y todo lo que requiere la operación logística. Con base en esos procesos ASL definía cómo operar dentro del Centro de Distribución y colocar las personas de acuerdo a los perfiles de los cargos en los turnos. Que, desde el área administrativa del centro de distribución ASL se reunía semanalmente con el cliente y definían cómo operar en la semana, entonces, el cliente mostraba el plan de trabajo de ellos y ASL se adhiere a ese plan, poniendo a gestión y los recursos que creen convenientes para la operación, que en este caso él se reunía con "Gils Colombe" que era el gerente del Centro de Distribución de Cervecería del Valle, con él definían los procesos, el volumen de trabajo en la semana y ASL ponía el recurso para atender los procesos logísticos que requiere el depósito.

Dice que no se requería la supervisión de CERVECERÍA DEL VALLE para nada, eran autónomos dentro del depósito de ejecutar todas las labores y desempeñar la función logística, programar la gente en los horarios que definieran.

De la prueba testimonial referida se concluye que el actor se encuentra laboralmente subordinado a ASL S.A., sin que se haya probado que personas distintas a los jefes de operaciones o de inventarios, trabajadores directos de ASL S.A., dirigieran su labor y, por el contrario, se probó que estos supervisores se encargaran de efectuar el control del cumplimiento de sus obligaciones laborales, eran los encargados de reconvenirlo, de fijar horarios y de dirigir la labor.

Además, ASL S.A., desplegó otras acciones propias de un empleador en ejercicio del poder subordinante, como lo fueron recibir las solicitudes de disfrute de vacaciones y definir su concesión (fl. 23 y 24, archivo 1), autorizar el retiro parcial de cesantías (fls. 27 archivo 1), fijaba la remuneración del actor por el servicio prestado, (fls.30

a 35, archivo9), concedía permisos (fl. 26, archivo 1).

También se verifica que ASL S.A., era la encargada de entregar la dotación y los elementos de trabajo, de controlar el tiempo laborado mediante el biométrico al que hicieron referencia los testigos, debiéndose recordar que la facultad de subordinación precisamente permite que se controle este tiempo.

Adicionalmente se encuentra que, si bien los turnos programados al demandante en cierta medida dependía de la programación de CERVECERÍA DEL VALLE, como lo explicó el testigo NELSON MAURICIO JACOME, ello se realizaba para efectos del desarrollo de la estrategia logística, pues dependía de la programación que tuviese la CERVECERÍA DEL VALLE de producción y elaboración de las bebidas, pudiéndose concluir que, esa adhesión de ASL a esa programación hacía parte de la coordinación y el eficaz desarrollo del objeto del contrato comercial entre ASL S.A. y CERVECERÍA DEL VALLE S.A.

Así pues, de la prueba arrimada se extrae que, contrario a lo considerado por el a quo, la realidad fue que ASL S.A. actuó como verdadero empleador del demandante y respecto a ella se dieron los elementos esenciales de la relación de trabajo dispuesto en el artículo 23 del CST, por lo tanto, no es posible declarar que el actor fue trabajador de CERVECERÍA DEL VALLE S.A., a quien ni se le prestó el servicio ni ejerció poder subordinante.

Adicional a lo anterior, se pudo verificar en el plenario que ASL S.A. actuaba como un verdadero contratista independiente y que CERVECERÍA DEL VALLE tercerizó uno de sus procesos en una empresa que contaba con autonomía técnica, económica y en la producción.

Como dijo la testigo HEIDALY CUACES, entre ASL S.A. y Cervecería del Valle existía un contrato logístico para que la última atendiera el depósito, labor que siempre han hecho operadores logísticos, es decir, que siempre se ha tercerizado esta operación por la Cervecería.

La testigo explicó que cuando el producto está terminado, que es cuando sale de la planta productora, pasa a ser custodia del operador logístico, quien dentro de su

contrato tiene la custodia del producto terminado, envase y estibas.

Señala que después de ASL ese servicio logístico fue prestado por la empresa ALOC y precisa también que en CERVECERÍA DEL VALLE no ha existido el cargo de montacarguista, que existe y ha existido a través del operador logístico de cada momento.

Explicó que las maquinas que tenía ASL eran un contrato con Distoyota y refiere que el centro de distribución se entrega en custodia al operador logístico, así también, el producto terminado, envases, estivas, por lo tanto, en inventarios fiscales si hay un faltante se cobra al operador logístico porque era quien lo tenía en custodia.

La testigo ANDREA PARRA indicó que trabajó en Cervecería del Valle desde noviembre de 2017 hasta marzo de 2019 como gerente de recursos humanos.

Dice que para el momento que trabajó en la CERVECERÍA DEL VALLE ya no estaba la operadora ASL, sin embargo, explica que; CERVECERÍA DEL VALLE, tiene la operación logística externalizada y que sabe que tiene dentro de la estructura administrativa diferentes roles, el proveedor decidirá pues como el cargo; supervisor, coordinadores y demás, que son el canal con los líderes de proceso. Que en la estructura del tercero siempre hay un tipo administrativo que soporta el cumplimiento del contrato comercial.

Dice que por las facilidades y por las necesidades del proceso, la actividad logística se realiza dentro de las instalaciones de la CERVECERÍA DEL VALLE. Que todas las herramientas para desarrollar el objeto del contrato comercial son del operador logístico, por ejemplo, los montacargas deben ser de ellos, si necesitan computadores son del operador logístico, porque tiene la disposición plena de los espacios y las herramientas con las que realiza el trabajo y la actividad contratada.

Explica que el proceso de operación logística en CERVECERÍA DEL VALLE S.A, tiene como fin asegurar dentro de la bodega que se tenga el producto para poder hacer la distribución posterior, lo que se hace es que se externaliza todo el proceso desde que está el producto terminado, la administración, bodegaje, patrón de los

inventarios, descargue los camiones; se le entrega a un tercero para que sean ellos quienes se encarguen de todo el proceso operativo asociado a las bodegas.

Que este proceso logístico es tercerizado por CERVECERÍA DEL VALLE, pues cada una de las empresas tienen un proceso más especial y ajustado a las necesidades del mercado, entonces desde que se crea CERVECERÍA DEL VALLE se piensa en función de una actividad de producción con la más alta tecnología y por eso le entrega a un tercero desde la misma creación de la compañía que solo se dedica a producir.

Así pues, que de la prueba testimonial reseñada como de la documental, se colige que ASL S.A. era una empresa que no solo prestaba servicios logísticos a la cervecería demandada sino también a otras compañías como RECAMIER S.A. (ARCHIVO 11, FLS. 106 A 108), JGB S.A. (archivo 11 folios 120 a 135) lo que da cuenta de una estructura propia y no ser una dependencia más de CERVECERÍA DEL VALLE; las montacargas utilizadas eran contratadas por la misma ASL mediante un arrendamiento de vehículo con un tercero. ASL asumían el riesgo propio del negocio, véase como se probó que eran ellos quienes debían responder ante la pérdida o daño de producto de propiedad de la CERVECERÍA, contrataba con su propio organigrama funcional (archivo 11, fl 36), es tanto así que se trata de una empresa que en la actualidad presta esos servicios logísticos a otras compañías y cuenta con su propia área de recursos humanos. Su contratación dependía de la propuesta que se hiciera vía licitación, es decir de que se cumpliera con una propuesta comercial adecuada para el oferente y por lo tanto, podían ser otras empresas las que ganaran tal licitación, como se hecho ocurre en la actualidad. Se prueba así que ASL es una empresa con estructura propia y no que se derivaba de la cervecería demandada.

También se evidencia que hubo una tercerización total del proceso de logística de montacargas, mírese que según los dichos de los testigos no había trabajadores vinculados directamente a CERVECERÍA DEL VALLE S.A. que realizaran igual labor a la del demandante y que según lo expuso la testigo ANDREA PARRA, se justificaba en la necesidad de la cervecería de especializar ese proceso logístico pues la empresa solo se dedica a la producción y así se ajustan a las necesidades del mercado.

Ahora, si bien se probó que las actividades logísticas eran desarrolladas en la planta

de la CERVECERÍA demandada, también se acreditó que ello se hizo en razón de un contrato de comodato, precisamente esa bodega era prestada por razones logísticas pues lo movido con los montacargas era el producto de la CERVECERÍA, pero era ASL quien respondía por los daños, pérdidas e infraestructura, es decir era un negocio contratado bajo su cuenta y riesgo.

Por lo anterior, a juicio de esta Sala la contratación del actor por ASL S.A. para desempeñar actividades logísticas en cumplimiento del contrato comercial existente entre ASL S.A. y CERVECERÍA DEL VALLE, no pretendía deslaborizar al actor u ocultar la calidad de empleador de esta última sociedad, pues se reitera fue con ASL que se probaron los elementos del contrato de trabajo.

Conforme a lo anterior, se revocará el numeral segundo de la sentencia apelada, por no haberse probado la existencia de una relación laboral entre el demandante y CERVECERÍA DEL VALLE S.A.

En cuanto al fuero circunstancial del cual dice el demandante fue beneficiario y del que pretende derivar la protección y se ordene su reintegro, asunto que también fue objeto de apelación; sea lo primero señalar que el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 establece el denominado fuero circunstancial, en los siguientes términos:

*ARTÍCULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.*

En el mismo sentido, el artículo 36 del Decreto Reglamentario 1469 de 1978, consagra que:

*"Art. 36. La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso."*

Bajo los anteriores parámetros normativos, son beneficiarios de la protección del

fuero circunstancial los trabajadores afiliados a un sindicato y los no sindicalizados que hayan radicado el pliego que da lugar al conflicto colectivo de trabajo, desde ese momento y hasta que éste se solucione mediante la firma de la convención colectiva o del pacto colectivo, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral si fuere el caso. Así lo expuso la CSJ SL en sentencias SL13275-2015, SL, 10 jul. 2012, rad. 39453 y CSJ SL, 28 feb. 2007, rad. 29081.

Es importante también señalar que para que opere esa garantía, el trabajador tiene la carga de demostrar el despido injusto dentro de la existencia de un conflicto económico y que previo al despido el empleador tuvo conocimiento de la condición de afiliado al sindicato o de la integración de la lista de trabajadores no sindicalizados que haya radicado el pliego de peticiones, requisito sin cuya acreditación se torna ineficaz la protección foral.

La comunicación o acreditación de la calidad de afiliado de quien pretende ser beneficiario de la protección foral es un requisito exigible toda vez que el empleador debe conocer cuáles son los trabajadores que hacen parte del conflicto colectivo, máxime si se tiene en cuenta que, como lo ha referido la SL de la CSJ «*la afiliación a una organización sindical no puede ser secreta. Por el contrario, es una situación que debe ser de público conocimiento en una empresa y mucho más cuando está de por medio la alegación de un fuero circunstancial*».

Así lo expuso la Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 39453, que reitera la regla de la sentencia CSJ SL, 2 de jul. 2008, rad, 31945, en la que también señaló:

*Hecha la anterior precisión, es pertinente recordar que justamente la razón para no acceder el ad quem al reintegro impetrado es que consideró que si bien el actor se afilió al sindicato antes de su despido y con posterioridad a la presentación del pliego, esta situación no se informó al empleador, ni se demostró que este conociera de la misma por cualquier medio probatorio, por lo que el despido producido no podía tener como consecuencia el reintegro derivado de la protección establecida en el artículo 25 ya citado.*

*Ya la Corte se ha ocupado de tal tema, tal como lo resaltó el fallo acusado, y en sentencia de julio 2 de 2008, radicado 31.945 señaló:*

*Pese a que el actor se afilió al Sindicato el 18 de noviembre de 1998, es decir*

*un mes antes de la suscripción de la convención colectiva de trabajo que le puso fin al conflicto, es claro que no aparece que el empleador hubiera tenido conocimiento de la afiliación tal como claramente se desprende del testimonio de Nicolás Castro Olaya. Ese conocimiento era indispensable acreditarlo, pues la empresa tenía que saber finalmente cuáles eran los trabajadores que estaban afiliados al sindicato al momento de la presentación del pliego, y los que lo hicieron durante el trámite del conflicto colectivo.*

*La autonomía sindical, de acuerdo con la ley, no es ese argumento válido para concluir que una organización sindical no deba comunicar a la empleadora el nombre de sus afiliados, pues la afiliación a una organización sindical no puede ser secreta. Por el contrario es una situación que debe ser de público conocimiento en una empresa y mucho más cuando está de por medio la alegación de un fuero circunstancial.*

*"La circunstancia de que el actor hubiera estado en vacaciones cuando se afilió, y que por ello no había lugar a que se le efectuara descuento alguno, tampoco puede ser una razón legítima para avalar la conducta omisiva de la organización sindical de comunicar a la empleadora la afiliación del demandante. Así como es dable admitir el conocimiento patronal de los afiliados a un sindicato al momento de la presentación de un pliego de peticiones por parte de dicha organización sindical, ese conocimiento no puede comprender a quienes ingresan como afiliados durante la tramitación del conflicto cuyos nombres la empresa desconoce debido al silencio de la parte interesada al respecto. Para la protección de un despido en un conflicto colectivo, es necesario que se acredite, obviamente con cualquier medio probatorio ordinario, el conocimiento a la empleadora de la afiliación de un trabajador al sindicato que promovió el conflicto. Sólo así esa protección será eficaz, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales que se esbozaron en la referida sentencia del 28 de febrero de 2007, atrás reproducida en lo pertinente".*

En el asunto bajo estudio, asegura el demandante que UTIBAC presentó pliego de peticiones al empleador ASL S.A. a favor de los trabajadores sindicalizados y aunque demuestra que el contrato de trabajo culminó el 15 de mayo de 2017, no obra prueba en el plenario de que al interior de la empresa demandada operara la organización UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LAS BEBIDAS, ALIMENTOS, SISTEMA AGROALIMENTARIO UTIBAC, mucho menos que él haya sido miembro de este sindicato y de haberle comunicado esta situación al empleador, por lo tanto, no acredita los requisitos exigidos para la eficacia de la garantía del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, pues, se reitera, se exige al momento de la terminación se esté en un conflicto colectivo y el conocimiento del empleador de la

condición de afiliada al sindicato.

Así las cosas, advirtiere la sala que no existe medio de prueba que acredite el conocimiento del empleador de la condición de afiliado al sindicato del demandante y como consecuencia de ello no puede considerarse que la decisión de despido tuviese como fin último debilitar la capacidad de negociación ante la existencia de un conflicto económico.

Debe concluirse en consecuencia que, el ex trabajador no cumple los requisitos referidos para que sea eficaz la garantía de fuero circunstancial, y por esa razón resulta legal la terminación de su contrato de trabajo como lo consideró la a quo, debiéndose confirmar la decisión que negó las pretensiones de la demanda que sobre este asunto se referían.

Corolario, se revocará la sentencia en cuanto a que declaró la existencia de una relación laboral entre el demandante y CERVECERÍA DEL VALLE S.A, para en su lugar absolver de esta pretensión y confirmará en cuanto a la negativa del reintegro, pago de nivelación salarial y reajuste negados por el a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de 1 smlmv.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO. REVOCAR** el numeral segundo de la Sentencia No. 303 del 11 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali y en su lugar ABSOLVER a las demandas CERVECERÍA DEL VALLE S.A. y la AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS ASL S.A. de la totalidad de las pretensiones instauradas en su contra por el señor ELIAS ALEJANDRO PINEDA CRUZ.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

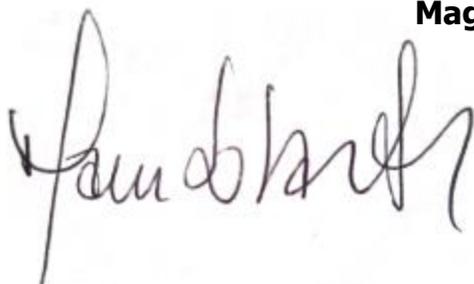
**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de 1 smlmv.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias>.

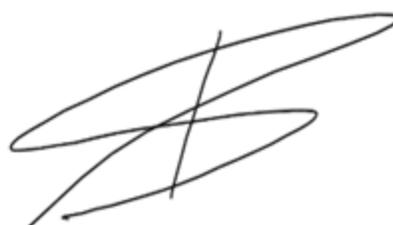
En constancia se firma.

**Los Magistrados,**

**Se suscribe con firma electrónica**  
**ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA**  
**Magistrada Ponente**



**MARY ELENA SOLARTE MELO**



**GERMAN VARELA COLLAZOS**