**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA**
**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán**

**Expediente No. 25899 31 05 002 2021 00036 01**

Joselín Cubaque Mendivelso vs. Bavaria y CIA S.C.A.

Bogotá D. C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia condenatoria proferida el 12 de abril de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

## Sentencia

## Antecedentes

**1. Demanda. Joselín Cubaque Mendivelso**, mediante apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra **Bavaria & CIA S.C.A,** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 13 de marzo de 1995, en consecuencia, solicita se condene a la demandada a reconocer y pagar los beneficios consagrados en las cláusulas 24, 25, 48, 49, 50, 51 (remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario, trabajo en domingos y feriados, prima de diciembre, prima de pascua, prima de junio, prima de descanso) los cuales son aplicables a los trabajadores del régimen anterior, en virtud de lo establecido en la Cláusula 4ª de la convención colectiva suscrita entre las organizaciones sindicales y la empresa Bavaria & CIA S.C.A.; diferencias salariales, reliquidación del auxilio de las cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, desde el 13 de marzo de 1995, teniendo en cuenta los beneficios consagrados para los trabajadores del régimen anterior, conforme lo indican los artículos 24, 25, 48 de la convención colectiva; sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no haber efectuado la consignación de los intereses a las cesantías; reliquidación de los aportes a salud y pensión; lo *extra* y *ultra petita,* costas e indexación.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que se vinculó a la entidad demandada para desempeñar el cargo de supernumerario, por intermedio de las siguientes empresas: *"a. Desde el día 13 de marzo de 1995 y hasta el 29 de febrero de 1996, estuvo vinculado a través de la empresa OPCION TEMPORAL S.A. b. Desde el día 01 de marzo de 1996 y hasta el día 31 de enero de 1998, estuvo vinculado a través de la empresa SISTEMAS TEMPORALES. c. Desde el día 01 de febrero de 1998 y hasta el 31 de mayo de 1998, estuvo vinculado a través de la empresa COLTEMPORA (COLOMBIANA DE TEMPORALES SOCIEDAD ANONIMA). d. Desde el día 01 de junio de 1998 y hasta el 31 de agosto de 2002, estuvo vinculado a través de la empresa CERVECERIA LEONA S.A. e. Desde el día 01 de septiembre de 2002 y hasta el día 31 de mayo de 2006, estuvo vinculado a través de la empresa PRECOOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO "PROCESOS EFICACES". f. Desde el día 01 de junio de 2006 y hasta el día 31 de agosto de 2007, estuvo vinculado a través de la empresa CERVECERIA LEONA S.A. g. Desde el día 01 de septiembre de 2007 y hasta la fecha de la presentación de la demanda, se encuentra vinculado a través de la empresa BAVARIA & CIA S.C.A.…;",* bajo el anterior panorama considera que viene prestando sus servicios de manera continua e ininterrumpida desempeñando actividades propias del objeto social que desarrolla la entidad demandada y en sus instalaciones.

Agrega que Bavaria siempre ha ejercido el poder subordinante, impartiéndole las órdenes de las actividades laborales que debe realizar, cumpliendo, además, un horario; refiere que en la actualidad es mecánico 1 y que su salario promedio es la suma de $3.390.000 y el contrato que está vigente es a término indefinido.

En cuanto a los beneficios convencionales del régimen anterior, adujo: *"La Convención Colectiva de Trabajo señala en el artículo 4 el alcance y el campo de aplicación de los beneficios establecidos convencionalmente, aplicable solamente a los trabajadores con contrato a término indefinido de Bavaria S.A. y Cervecería de Barranquilla, afiliados o que se afilien a LOS SINDICATOS posteriormente, antes del veintidós (22) de octubre de dos mil cuatro (2004). Los beneficios consagrados para los trabajadores del régimen anterior son los consagrados en la Convención Colectiva, Clausula 24a, Clausula 25a, Cláusula 48a, Cláusula 49a, Cláusula 50a y Cláusula 51ª… La empresa BAVARIA & CIA S.C.A., el día 08 de agosto de 2019, reconoce el tiempo laborado en "CERVECERIA LEONA S.A.", y la antigüedad del señor Joselín Cubaque Mendivelso..."*

**2.** El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante auto de 12 de mayo de 2021 admitió la demanda, ordenó la notificación a la pasiva y el respectivo traslado.

**3. Contestación de la demanda.** La entidad demandada en el término de traslado contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, tras considerar que: *"Siendo así las cosas, resulta del todo reprochable que el demandante pretenda que se declare un solo contrato de trabajo con mi mandante desde el 13 de marzo de 1995, teniendo en cuenta que del material probatorio que se allega se evidencia con claridad que el vínculo laboral que existe*

*entre el demandante y mi representada inició solo hasta el día 1 de junio de 2006, tal y como procedo a explicar a continuación: 1. De acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal de BAVARIA, el cual se aporta con el presente escrito, mediante Escritura Pública No. 2754 del 30 de agosto de 2007, inscrita el 31 de agosto de 2007, en la Notaría Once (11) de Bogotá D.C. bajo el No. 1154749 del libro IX, la sociedad BAVARIA fusionó a la sociedad CERVECERÍA LEONA S.A. 2. Dicho lo anterior, debo poner de presente al Despacho que, una vez revisados los archivos de la sociedad CERVECERÍA LEONA S.A., se encontró que el actor y esta última sociedad suscribieron un contrato de trabajo a término fijo el cual finalizó el día 17 de agosto de 2002, de mutuo acuerdo entre las partes, lo cual, quedó plasmado mediante un acuerdo de transacción, el cual me permito allegar con la presente contestación de demanda. En este orden de ideas, desde ya debo advertir que no hay lugar a la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y mi representada durante y hasta el 2002, pues lo cierto es durante dicho interregno el actor estuvo vinculado con la CERVECERÍA LEONA S.A. y adicionalmente dicho contrato de trabajo finalizó como consecuencia de la configuración de una causal legal de conformidad con lo previsto en el literal b), del numeral 1º, del artículo 61 del CST, norma subrogada por el artículo 5º de la Ley 50 de 1990. Finalmente, y solo en gracia de discusión, es menester indicar que cualquier reclamación en relación con el contrato de trabajo suscrito entre el actor y CERVECERÍA LEONA S.A. se encuentra prescrita, de acuerdo con lo establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que la relación finalizó en el año 2002, habiendo transcurrido más de 3 años a la fecha de presentación de la demanda 3. Solo hasta el día 01 de junio de 2006, el demandante se volvió a vincular laboralmente con la sociedad CERVECERÍA LEONA S.A., mediante un contrato de trabajo a término indefinido, totalmente autónomo e independiente al contrato de trabajo que inicialmente unió a las partes. 4. Ahora bien, en virtud de la absorción por fusión de mi representada sobre la sociedad CERVECERÍA LEONA S.A., el actor, a partir del año 2007, empezó a prestar sus servicios de manera persona y subordinada a favor de BAVARIA. 5. Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena mencionar que mi representada le reconoció al actor la antigüedad que traía en vigencia del último contrato de trabajo suscrito entre el actor y la sociedad CERVECERÍA LEONA S.A., razón por la cual, se tiene que respecto a cualquier efecto el vínculo laboral que une actualmente al actor con mi representada inició el día 01 de junio de 2006, conforme consta en la certificación que se allega con el presente escrito. 6. Teniendo en cuenta lo anterior resulta preciso concluir lo siguiente: i. Existe una interrupción de alrededor de 4 años entre las dos relaciones laborales que unieron al actor con la sociedad CERVECERÍA LEONA S.A., por lo cual, no es posible hablar de una única relación laboral sin solución de continuidad. ii. En virtud de la absorción por fusión de BAVARIA sobre la sociedad CERVECERÍA LEONA S.A., la única relación laboral que ha existido entre mi representada y el actor inició el día 01 de junio de 2006. iii. No obra prueba alguna en el que el demandante acredite la continua subordinación o dependencia del actor respecto de mi representada durante un periodo distinto al mencionado anteriormente. iv. No existe prueba alguna en el que se acredite que el demandante ha recibido algún dinero por parte de mi representada en virtud de los servicios que éste presuntamente prestó con anterioridad a la fecha de la fusión entre mi representada y la CERVECERÍA LEONA S.A. v. Lo anterior conlleva a que no concurran los tres elementos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo que permitan concluir que existe un contrato de trabajo entre el actor y mi representada desde la fecha indicada en la demanda…"*

En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas cobro de lo no debido por inexistencia de título y causa, enriquecimiento sin causa, inexistencia de la obligación, cosa juzgada, de la improcedencia de la sanción moratoria de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990, buena fe, prescripción, compensación excepción genérica.

## 4. Sentencia de primera instancia.

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, resolvió: *"Primero: Declarar que entre el demandante Joselin Cubaque Mendivelso y la entidad Bavaria & CIA SCA existe un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia desde el 13 de marzo de 1995.Segundo: Declarar que el demandante Joselin Cubaque Mendivelso es beneficiario del régimen anterior estipulado en la cláusula 4.° de la convención colectiva de trabajo 2019-2021 suscrita entre Bavaria & CIA SCA y los sindicatos Sinaltrainbec y Utibac. Tercero: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer y a pagar al demandante Joselin Cubaque Mendivelso las siguientes sumas y conceptos: a) $ 4.785.148.51 por concepto del saldo de la remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario (cláusula 24). b) $ 14.370.223.71 por concepto del saldo del valor de los trabajos en domingos y feriados (cláusula 25). c) $ 7.826.902 por concepto de la prima de diciembre de 2019 y 2020 (cláusula 48). d) $ 1.706.902.00 por concepto de prima de pascua de 2020 (cláusula 49). e) $ 1.173.934.67 por concepto de prima de junio de 2020 (cláusula 50). f) $ 1.706.902 por concepto de prima de descanso de 2020 (cláusula 51). g) La indexación de las condenas con base en las variaciones del IPC vigentes al momento de su exigibilidad y pago, según el DANE. Cuarto: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer al demandante Joselin Cubaque Mendivelso el pago indexado de la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías y prima de servicios con inclusión de los promedios mensuales de la remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario, el valor del trabajo dominical y feriado y prima de diciembre para 2020. Quinto: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer al demandante Joselin Cubaque Mendivelso el pago indexado de la reliquidación de la compensación de las vacaciones, con inclusión del promedio mensual de la prima de diciembre de $ 489.139.44 (cláusula 48), para 2020. Sexto: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer al demandante Joselin Cubaque Mendivelso el pago indexado de la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías y prima de servicios con inclusión de los promedios mensuales de la remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario (cláusula 24), el valor del trabajo dominical y feriado (cláusula25) y prima de diciembre (cláusula 48), para el año 2021 durante la vigencia del contrato de trabajo y la convención colectiva de trabajo. Séptimo: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a pagar al demandante Joselin Cubaque Mendivelso a reajustar las cotizaciones a seguridad social en salud y en pensiones, partir del 1.° de septiembre de 2019 y en adelante mientras esté vigente la relación laboral, Y LA CONVENCIÓN COLECTIVA con inclusión de los promedios mensuales de la remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario (cláusula 24), el valor del trabajo dominical y feriado (cláusula25) y prima de diciembre (cláusula 48), junto con el pago de los INTERESES moratorios a que hubiere lugar, para lo cual está obligada a efectuar el pago de las diferencias generadas en su proporción y porcentaje legales. Octavo: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a pagar al demandante Joselin Cubaque Mendivelso los beneficios*

*extralegales contemplados en la convención colectiva de trabajo 2019-2021, en adelante, y mientras perdure el contrato de trabajo que los liga y se encuentre vigente el texto normativo CONVENCIONAL. Noveno: Absolver a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA de las restantes pretensiones incoadas en su contra por el demandante. Décimo: Declarar probada la excepción de «Improcedencia de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990» y «buena fe»; parcialmente probada la de compensación; y no probadas las demás. Undécimo: Condenar en costas de primera instancia a la parte vencida. En su liquidación, inclúyase la suma de $2.500.000 por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la contraparte..."*

**5. Recurso de apelación parte demandada.** Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandada presentó recurso de apelación, que sustentó en los siguientes términos: *"(…)No existen razones ni argumentos para llegar a la conclusión, y con todo respeto lo digo,* ***que exista una relación laboral con el demandante, el señor Joselin Cubaque desde marzo del año 1995****, teniendo en cuenta que en primer lugar, queda demostrado dentro del expediente de que el demandante se vinculó con mi representada únicamente a partir del acto jurídico que hubo el 1º de junio del 2006, esto corresponde al contrato de trabajo suscrito entre el señor Joselin Cubaque y mi representada, el cual está dentro del expediente como prueba documental y que también fue aceptado dentro del interrogatorio de parte, la existencia del mismo y la existencia de la voluntad de haber realizado esa contratación; debe tenerse muy en cuenta que esta contratación tiene un contexto importante, y es que mi representada absorbió bajo la figura jurídica de la absorción por fusión sobre la sociedad Cervecería Leona, lo cual ocurrió únicamente a partir del año 2007 y a partir de esa fecha se entiende que el señor Joselin Cubaque empezó a prestar sus servicios de manera efectiva a mi representada de manera subordinada, y en tal sentido mi representada tuvo en cuenta el último contrato de trabajo que suscribió con Cervecería Leona, atendiendo que era el contrato vigente para el momento de la sustitución patronal. De las pruebas recaudadas se evidencia que con anterioridad a ese contrato, es decir, al 1º de junio del 2006, el demandante tuvo unos contratos de trabajo, o tuvo algún vínculo contractual con empresas de servicios temporales, sin que haya sostenido una relación directa con Cervecería Leona y mucho menos con mi representada Bavaria; se tiene que dentro del expediente únicamente obra un certificado laboral por parte de Opción Temporal, una de las empresas de servicios temporales lo cual acredita que esa relación laboral inició el 13 de marzo del 95 y culminó el 28 de febrero del 96, se puede desprender de esa situación, primero que fue el único interregno probado dentro del presente proceso, en donde el señor Joselin Cubaque, estuvo vinculado con una temporal prestando servicios en Cervecería Leona; respecto de los otros interregnos, esto es desde el año 1996 hasta el año 1998 no existe ningún certificado que pueda soportar lo dicho por parte de los testigos, pues si bien el fallo de primera instancia se está soportando en lo dicho por los testigos para acreditar la prestación personal del servicio, esta conclusión no podría ser aceptada en el sentido de que hay una insuficiencia probatoria en el entendido que no basta con hacer o realizar ese tipo de afirmaciones sin que haya ninguna prueba que acompañe o se acompase con esas afirmaciones; y esta carga probatoria no puede ser atribuida a mi representada, en el entendido que si bien hubo una sustitución patronal, lo cierto es que las relaciones comerciales que pudieron haber existido, y esto es pues, digamos asumiendo que sí hubo esas relaciones comerciales, a pesar de que no haya un certificado en los demás interregnos, asumiendo que hubo relaciones comerciales entre esas diferentes empresas de servicios temporales y Cervecería Leona, se entiende que mi representada en cuanto a lo referido a la sustitución patronal no está obligada a tener los detalles de dichas*

*contrataciones, máxime cuando son bastante antiguas, estamos hablando del año 96 al año 98, por ende mi representada no le pueden atribuir ese tipo de pruebas que extraña el despacho de primera instancia; teniendo en cuenta que correspondería al trabajador, tal como lo hizo con el primer certificado allegado que únicamente acreditó prestación de servicio entre el 95 y el 96; igualmente, se debe tener en cuenta que ese hecho de haber prestado el servicio no es automático determinar que bajo ese hecho vaya a haber una relación laboral bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, teniendo en cuenta que dentro de las pruebas documentales y pues aquí me quiero hacer referencia a un certificado que hay respecto de esa época, se entiende que hubo una prestación de servicio pero esto fue en calidad de trabajador en misión sin que haya ninguna prueba de que haya habido alguna ilegalidad en esa contratación, nótese que en ese certificado se deja constancia que ni siquiera superó los 6 meses, prorrogables por otros 6 meses; tampoco se probó que haya habido alguna ilegalidad, alguna violación o transgresión al artículo 77 de la Ley 50 del 90. Igualmente se debe tener en cuenta que no es suficiente establecer que hubo una prestación de servicio del 95 al 98 y aduciendo que por haber pasado más de 1 año se entienda que hubo una ilegalidad en esa contratación, pues el tiempo, es decir el año no es suficiente para establecer eso, máxime cuando hay una insuficiencia probatoria por parte del demandante, pues se debe entender que, así como pudo allegar una certificación laboral por parte de esa empresa de servicios temporales, se pudo haber hecho respecto de las otras empresas de servicios temporales, lo cual indica que cada relación que hubo entre 95 al año de 1998, relaciones contractuales que pudo haber tenido con las empresas de servicios temporales, pero totalmente independientes, autónomas entre sí, totalmente respetuosas de la figura jurídica que incluso actualmente se encuentra totalmente en vigencia y permitida, sin que haya ningún otro tipo de situación que logre evidenciar que haya habido una ilegalidad en la utilización de lo que se denomina el suministro de personal a través de empresas de servicios temporales, y sin que mi representada pueda estar obligada a lo imposible, allegar al despacho o al proceso unas cargas probatorias que no tiene en su poder y que de forma contraria le corresponde a la contraparte; en tal sentido se entiende que cuando estuvo vinculado con empresas de servicios temporales, pues esta es una relación que pues hay, obviamente, una subordinación delegada, que por el hecho de que haya habido jefes por parte de Cervecería Leona que dieran algunas instrucciones, tampoco hace ilegal que se haya contratado con varias empresas de servicios temporales, porque en su momento era Cervecería Leona; Igualmente, se tiene probado que a partir del año 1998 el señor Joselin se vinculó con Cervecería Leona, y si bien no hay un contrato escrito respecto de ello, pues me permito remitirme a la transacción laboral en donde aparece dentro de los antecedentes, la transacción laboral me refiero a la del 17 de agosto del 2002, en donde aparece que, en efecto entre el señor Cubaque Mendivelso y Bavaria, ha existido un contrato a término fijo a 1 año para llevar a cabo funciones como mecánico de mantenimiento y demás, se entiende que la relación laboral existente estuvo regida bajo la modalidad a término fijo y que esa relación laboral, es totalmente independiente, autónoma y diferente a las demás, es decir a las que tuvo con la empresa servicios temporales y las que tuvo con posterioridad y súper importante tener en cuenta que esa relación laboral fue culminada y terminada de mutuo acuerdo, esto se evidencia con la transacción laboral que aparece con fecha del 17 de agosto del 2002; este contrato transaccional goza de total legalidad; se destaca que el mismo no afectó los derechos del demandante, contrario a lo indicado, sino que, como se puede evidenciar de su lectura, primero que todo fue firmada, el demandante estampó su firma en señal de aceptación; se debe entender igualmente que la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia bajo criterios de sana crítica, ha entendido que cuando un trabajador no manifieste su inconformidad sobre algún acto jurídico realizado con su empleador esto conduce a inferir que lo ha convalidado tácitamente, lo cual se puede evidenciar en el criterio*

*establecido en la sentencia SL 4546 del 2018; entonces, en tal sentido, no solamente hubo una aceptación expresa de esa transacción laboral que se puede evidenciar documentalmente del contrato transaccional o del acuerdo transaccional, sino que también hubo una aceptación tácita en el entendido de que hubo una conducta totalmente silente por parte del trabajador Joselin Cubaque; en tal sentido aquí no se evidencia que haya habido algún tipo de afectación a derechos ciertos e indiscutibles, toda vez que como se puede evidenciar se reconoció al demandante su liquidación de prestaciones sociales, sus derechos laborales adquiridos, y además le dio una suma transaccional con el fin de precaver cualquier tipo de inconformidad respecto de esa relación laboral que terminó de forma legal, sin que se haya evidenciado o probado algún tipo de vicio en el consentimiento o causal de nulidad respecto de la suscripción de ese documento; igualmente no hay lugar a establecer la unicidad contractual que se concluyó en primera instancia, teniendo en cuenta que luego de este acuerdo transaccional transcurrieron aproximadamente 4 años en el que el actor no tuvo un vínculo laboral con la Cervecería Leona, ni mucho menos con Bavaria, pues se evidenció que él estuvo vinculado fue mediante un contrato de trabajo asociativo con una precooperativa de trabajo asociado, la cual dentro de las pruebas recaudadas no se evidencia que entre septiembre del 2002 y mayo del 2006, haya existido alguna conducta ilegal respecto a la vinculación con la precooperativa de trabajo asociado; Y eso lo indicamos bajo los siguientes argumentos, y es que se pudo evidenciar que no se probó la existencia de subordinación jurídica por parte de Cervecería Leona, ni mucho menos por parte de Bavaria, pues aducen unas personas por parte de los "hijos (lo que se entiende)" como jefes directos, sin que existan pruebas de que estos hayan impartido, órdenes instrucciones. al señor Joselin Cubaque, que haya impartió el cumplimiento del reglamento interno de trabajo, que haya sido sancionado, que haya usado el poder sancionatorio que llegue a establecer la existencia de subordinación jurídica, de la cual se soportó para establecer actos ilegales respecto de la contratación con la precooperativa de trabajo asociado; se debe entender que no es suficiente con el hecho de que se aduzcan nombres y a quienes se puedan entender como jefes inmediatos, sino que debe estar este tipo de afirmaciones acompañadas de prueba suficiente que establezca la certeza de esa subordinación que se pretenda probar, pues de forma contraria, simplemente bastaría con hacer ese tipo de afirmaciones y pues en tal aspecto, pues se vulneraría también aquellos derechos que tienen las empresas quienes han fungido como empleadores como mi representada; Igualmente tal como se dijo por parte de los testigos, el señor Joselin Cubaque habían recibido overoles que correspondía a unos implementos entregados por la cooperativa de trabajo asociado, con logos de la cooperativa de trabajo asociado; además se entiende que tampoco es lógico afirmarse que siempre se usaron las mismas herramientas desde hace tantos años, lo cual pues establece claramente unas afirmaciones que deben ser corroboradas o contrastadas con otro tipo de pruebas, sin que estás hayan existido. Así entonces no se probó ninguna ilegalidad en la contratación de la precooperativa de trabajo asociado y debe tenerse en cuenta que para la época de los hechos, esta figura jurídica o el tener contratos asociativos estaba totalmente vigente, regulado y permitido por el ordenamiento jurídico, y no se evidencia que al trabajador durante esa época se le hayan desconocido derechos laborales o que haya sido desmejorado en sus condiciones; así como tampoco se probó la falta de autonomía técnica, administrativa y financiera de la cooperativa; por ende no hay prueba suficiente que establezca o llegue a establecer que dicha prestación del servicio haya sido en favor de Cervecería Leona o de Bavaria, y que hayan sido empleadores directos del señor Joselin Cubaque bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Ahora bien, solo y en gracias de discusión, el recurso de apelación también se va a establecer en mostrar controversia respecto de varias condenas impuestas a mi representada, en el sentido de que en primer lugar, solo que en gracia de discusión, se hicieron condenas respecto de beneficios*

*convencionales en cuanto a trabajo suplementario y los contenidos en las cláusulas 25, 48, 49, 50 y 51, sin tener en cuenta que dentro del expediente, esto es, dentro de la demanda introductoria se allegó una certificación en donde se hace constancia por parte de la organización sindical que el señor Joselin Cubaque está afiliado a dicho organización sindical, sin embargo, no se especifica a partir de qué fecha ocurrió esa afiliación, y en tal sentido* ***no se probó que para la vigencia de la Convención colectiva, esto es septiembre del 2019, el señor Joselin Cubaque haya sido acreedor de esos beneficios convencionales que reclama****; esto quiere decir que, solo en gracia de discusión, en caso de mantenerse algún tipo de condena en contra de mi representada, se debe tener como fecha de afiliación, y esto significa que solamente a partir de esa fecha se pueden reconocer beneficios convencionales al señor Joselin Cubaque, y es de la fecha de la expedición de certificación que fue el 2 de diciembre del 2020. Luego, entonces las condenas realizada con fecha anterior, pues no habría lugar a las mismas y no serían procedentes; igualmente se debe tener en cuenta que esos beneficios convencionales, es decir,* ***el único que está pactado como factor salarial es la cláusula 48, que es la prima de diciembre*** *y esta prima de diciembre únicamente va a afectar derechos laborales a partir del 2020, luego entonces no se puede tener en cuenta esa suma respecto, pues como hacia futuro o de los demás meses subsiguientes, toda vez que únicamente afecta para el mes de diciembre a partir del 2020; debe también tenerse en cuenta que en cuanto a la prima de pascua, de junio y descanso, tal como se especificó en el fallo de primera instancia, no corresponde o no se entienden como factor salarial, pues de esta forma se estableció en la convención colectiva que está excluido; en cuanto a la excepción de compensación, se debe advertir que esta debe prosperar en el sentido de que se probó dentro del proceso que el señor Joselin Cubaque recibió una suma transaccional por valor de $2.357.967, los cuales deben ser compensados dentro de las condenas en caso de estas ser mantenidas en contra de mi representada... (no se entiende) con la diferencia de lo reconocido por trabajo suplementario, recargos nocturnos, dominicales y festivos; igualmente se pide que se revoque* ***la condena por indexación****, toda vez que la misma no sería procedente en el entendido que los derechos, tal como quedó contenido en la sentencia se seguirán reconociendo en lo sucesivo…"*

**6. Alegatos de conclusión.** En el término de traslado ambas partes presentaron alegaciones de segunda instancia.

El demandante solicita que se confirme la sentencia de primer grado; la entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en su medio de impugnación, relacionados con la inexistencia de la relación laboral con Bavaria desde el año 1995, inexistencia de intermediación ilegal, ni de conductas ilegales.

**7. Problema (s) jurídico (s) a resolver.** Con sujeción al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿Desacertó el juez *a quo* al establecer el extremo inicial de la relación laboral del demandante a partir del 13 de marzo de 1995? ¿El actor es beneficiario del denominado "régimen anterior" convencional? ¿si solamente el beneficio colectivo estipulado en la cláusula 48 de la convención colectiva (prima de diciembre), tiene incidencia salarial? ¿desde que fecha se deben reconocer los beneficios convencionales?

¿debe prosperar la excepción de compensación? ¿hay lugar a la condena por concepto de indexación?

**8. Resolución al (los) problema (s) jurídico (s).** De antemano, la sala anuncia que la sentencia apelada será **modificada** y **revocada parcialmente** en cuanto a la fecha de causación de los beneficios convencionales, y a la exclusión de unos rubros que no constituyen salario, y **confirmada** en lo demás.

**9. Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es).** Código Sustantivo de Trabajo arts. 22 a 24; Código Procesal del Trabajo arts. 60 y 61; Código General del Proceso arts. 164 y 167, entre otros.

## Consideraciones

Esta sala entra a darle solución a los problemas jurídicos planteados, así:

**Contrato de trabajo. Extremo inicial.**

Para resolver sobre la existencia de la relación laboral entre las partes, lo primero que debe recordarse es que, como bien lo tiene aceptado pacíficamente la Sala, según lo establecido en el artículo 167 del CGP, corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. De igual forma, el artículo 164 ib. prevé que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso; el artículo 60 del CPT y SS dispone que el juez al proferir su decisión debe analizar todas las pruebas allegadas al proceso; y el art. 61 ib. establece que el juez laboral formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.

Sumado a lo anterior, cabe precisar que si bien 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, el artículo 24 de la misma obra, establece que la sola prestación de un servicio personal en favor de otro hace presumir el referido contrato de trabajo, evento en el cual quien alegue la condición del trabajador le corresponde probar que prestó unos servicios personales en favor de otro, y este a su vez, es decir el receptor del servicio, tiene la carga de demostrar que tales servicios fueron realizados de forma independiente o autónoma, o en virtud de un contrato diferente al laboral, para de

esta forma desvirtuar la anotada presunción. Cabe aclarar que en este tipo de procesos no es estrictamente necesario que la parte demandante acredite la subordinación, pues para que la presunción legal sea eficaz, su única obligación es acreditar la prestación personal de unos servicios en favor de otro, lo que se encuentra acorde con lo estatuido en el artículo 53 de la Constitución Política. También incumbe a la parte demandante probar la intensidad, términos y extremos temporales en que se desarrolló la relación laboral.

Aunado a lo referido, en el presente caso existe una particularidad, en el entendido que debe dilucidarse el alcance de una especie de intermediación o tercerización que se desarrolló durante la ejecución del contrato de trabajo del demandante, entre Cervecería Leona hoy Bavaria, las empresas de servicios temporales y la precooperativa que se menciona en el libelo gestor, para establecer si la relación laboral se predica con el denominado contratista o con el contratante.

Oportuno es precisar que, en el escenario jurídico colombiano, bajo algunas circunstancias, quienes fungen formalmente como empleadores se esconden a través de sus intermediarios; piénsese, por ejemplo, en las empresas de servicios temporales cuando se desnaturaliza la periodicidad para suministrar un trabajador en misión, o no se cumplen con las disposiciones previstas en la ley; en estos casos la jurisprudencia laboral ha considerado como verdadero empleador a la empresa usuaria, a pesar que quien le pagaba el salario y aparecía como empleador formal era la E.S.T.; lo propio ocurre con las cooperativas de trabajo asociado cuando prestan servicios en actividades misionales a terceros, quienes han terminado siendo declarados como empleadores, a pesar de que formalmente no tenían esa condición. Lo anterior confluye en la máxima expresión del principio protector del Derecho Fundamental del Trabajo.

Dilucidado lo anterior, descendiendo al asunto que ocupa la atención de la Sala, para dirimir lo que en derecho corresponda, se cuenta con el siguiente material probatorio:

Obra a fl. 89 del PDF 01 Certificación de fecha 23 de octubre de 2020, expedida por Opción Temporal & CIA S.A.S., en la que se menciona que desde el 13 de marzo de 1995 hasta el 28 de febrero de 1996 el actor desempeñó el cargo de supernumerario, a través de un contrato de obra o labor y en beneficio de la empresa usuaria Cervecería Leona.

Obra a fls. 71. Ib., adición al contrato de trabajo suscrito entre las partes del **04 de enero de 2019**, para precisar que Bavaria reconocerá el tiempo que el actor haya laborado en Cervecería Leona S.A., exclusivamente para efectos de liquidar si llegare a ocurrir, la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, pero únicamente para fines indemnizatorios desde el 15 de mayo de 2000.

Obra a fls. 72 a 88 ib. el reporte de semanas cotizadas en pensión a Colpensiones, donde se observa que desde marzo de 1995 Opción Temporal efectuó cotizaciones hasta febrero de 1996, luego Sistema temporales, Colombiana de Temporales; desde mayo de 1998 hasta agosto de 2002 Cervecería Leona, después la precooperativa de trabajo asociado; desde junio de 2006 a agosto de 2007 nuevamente Cervecería Leona y desde septiembre de 2007 en adelante Bavaria.

Obra a fl. 90 ib. Certificación expedida por Bavaria de fecha 1º de diciembre de 2020, en donde se menciona que el demandante tiene un contrato a término indefinido desde el 1° de junio de 2006.

Obra a fl. 92 certificación expedida por la organización sindical SINALTRAINBEC, en donde se señala que el demandante se encuentra afiliado a dicho sindicato.

Obra a fls. 93 a 140 ib. la convención colectiva de trabajo suscrita entre Bavaria y Sinaltrainbec y Utibac de 2019; en donde se establece que su vigencia va del 1° de septiembre de 2019 al 31 de agosto de 2021.

Obra a fls. 45 a 51 del PDF 09 el contrato de trabajo suscrito entre Cervecería Leona y el demandante de fecha 1° de junio de 2006.

Obra a fls. 52 y 53 ib. el acuerdo transaccional suscrito entre la extinta Cervecería Leona y el demandante, de fecha 17 de agosto de 2002, en donde se dejó anotado: *"CUARTA. No obstante lo anterior, para el evento en que se llegare a adeudar al trabajador recargos salariales por diversos conceptos como extras, nocturnos, y dominicales, o porque no se haya tomado como salario todos los pagos recibidos por el trabajador, conceptos anteriores que hubieran incidido en la liquidación de otros derechos… QUINTA. b) con el fin de arreglar cualquier derecho que pudiera tener relación directa o indirecta con la forma de terminación del contrato y con los demás derechos laborales mencionados expresamente o no, se acordó pagar la suma de… ($2.357.967)… SEPTIMA: El trabajador CUBAQUE MENDIVELSO JOSELIN, acepta la presente transacción, los términos y conceptos en controversia al igual que las*

*suma y demás acuerdos objeto de la transacción y en consecuencia declara a paz y salvo a la empresa Cervecería Leona S.A. por todos y cada uno de los derechos laborales…"*

Obra a fls. PDF 16, la relación de pagos efectuados al demandante, especialmente en lo que tiene que ver con el trabajo suplementario, dominicales y festivos.

También en esta causa se recibieron las pruebas personales de las partes y de los testigos Luis Alberto Zambrano Rodríguez, Luis Alberto Moya Rodríguez y Fernando Sarmiento.

Las partes de este proceso no hicieron algo distinto a ratificar cada una de sus teorías del caso expuestas en la demanda y en la contestación de la misma, a los que ya se hizo alusión en los antecedentes de la sentencia; es decir, no se generaron las consecuencias jurídicas establecidas en el art. 191 del CGP.

El testigo Luis Alberto Zambrano Rodríguez, compañero de trabajo del demandante, conoce al actor desde marzo de 1995 y siempre han trabajado en el área de envasado; que en el 2002 la empresa adoptó la decisión de crear precooperativas, recuerda que un sábado a las 6 am los reunieron, incluido el demandante, detuvieron la planta, armaron unas carpas, y fueron coaccionados para firmar con la cooperativas, porque esa era la única manera de continuar trabajando, que las herramientas eran suministradas por la empresa; y tanto el demandante como el testigo pertenecieron a la misma cooperativa.

El declarante Luis Alberto Moya Rodríguez, señaló que es compañero de trabajo del demandante, empleado de Bavaria desde 1994, en el área de envasado; conoce al actor desde 1995 cuando el demandante ingresó a trabajar a Bavaria; señaló que en el 2002les tenían preparadas unas carpas, les informaron que cambiaría la forma de contratación, que sería a través de cooperativas, que serían los dueños de la cooperativa, pero eso nunca sucedió; agrega que siempre utilizaban las mismas herramientas, que el señor Joselin siempre ha trabajado en el área de envasado con la misma compañía.

Y el testigo Fernando Sarmiento Niño, trabajador de Bavaria desde 1995, y compañero de trabajo del demandante; conoce al demandante desde el 13 de marzo siguiente, porque ambos ingresaron al tiempo y vinculados por diferentes empresas de servicios temporales, que las herramientas eran de la empresa, que el cambio a las cooperativas fue brusco y eso duro 4 años, que temían por su

estabilidad laboral, que no les quedó otra opción que firmar, les manifestaron que entraban como propietarios a través de la precooperativa.

Analizadas una a una y en su conjunto las pruebas reseñadas en precedencia, conforme lo establece el art. 61 del CPT y de la SS, este Tribunal llega al libre convencimiento de que el extremo inicial del contrato de trabajo celebrado entre las partes sí se puede establecer desde el 13 de marzo de 1995, y por lo tanto el juzgador de instancia no se equivocó al llegar a ese raciocinio, como pasa a explicarse.

En el *sub lite*, lo que se debate, es determinar si el actor logró acreditar que funge como trabajador de Bavaria desde antes del 1° de junio de 2006, vale precisar que al demandante le bastaba con demostrar que había prestado sus servicios personales en favor de Cervecería Leona, hoy Bavaria, lo que realmente se cumplió, toda vez que analizadas tanto la prueba documental y testimonial acopiada, a la que ya se hizo alusión en precedencia, se verifica que el accionante ha desempeñado el cargo de operario en el área de envasado desde el 13 de marzo de 1995, y si bien inicialmente lo hizo a través de empresas de servicios temporales y una precooperativa, siguió prestando sus servicios de manera ininterrumpida hasta la fecha para la pasiva en sus instalaciones, tal como lo manifestaron los testigos escuchados en el plenario.

En este aspecto los deponentes fueron claros y contestes en identificar, en especial, la indebida utilización del cooperativismo para ocultar una verdadera relación laboral entre las partes, en específico, primero con Cervecería Leona, hoy Bavaria, dado que el demandante se ubicó en el mismo frente de trabajo, ya que como lo mencionan los testigos fueron engañados para pasarse a la precooperativa les vendieron la idea que sería dueños, cuando eso nunca sucedió.

Y lo cierto es que el demandante siempre prestó sus servicios a Cervecería Leona hoy Bavaria, siendo que la última inicialmente vinculó al actor a través de empresas de servicios temporales, luego como trabajador directo de la empresa, posteriormente a través de una cooperativa y en ultimas nuevamente ingresan a la planta de la cervecería, en el mismo frente de trabajo, de ahí que luzca completamente inadecuada la mala práctica de la entonces empleadora, porque sus razones para vincular al demandante no se ajustan a ninguna de las posibilidades jurídicas establecidas para las empresas de servicios temporales, ni las precooperativas.

Lo anterior, sin perjuicio que la doctrina y la jurisprudencia enseñan que es válido que los empresarios contraten con terceros la realización de algunas actividades, pero esto no puede ir en contra de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En el asunto, como se viene explicando, no se dan los presupuestos para validar la contratación efectuada con la empresa de servicios temporales ni la precooperativa, porque, en especial, no se cumplieron los fines del cooperativismo, más bien fue una forma malintencionada de desconocer la relación laboral, como quiera que Leona vinculó en dos oportunidades al demandante como su trabajador de planta, ejerciendo las misma labores que cuando estuvo en la precooperativa o la EST.

En el año 2019 se firmó un otro si al contrato, donde básicamente lo que dice Bavaria, ahora sí, es que: *"LA EMPRESA BAVARIA S.A. reconocerá a El (La) Trabajador (a) el tiempo que haya laborado en "Cervecería Leona S.A." exclusivamente para efectos de liquidar, si llegare a ocurrir, la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo suscrito con Bavaria S.A., sus subordinadas y filiales, siempre y cuando la vinculación entre "Cervecería Leona S.A." y BAVARIA S.A., sus subordinadas y filiales se haya dado se (sic) manera continua, sin solución de continuidad y tal vinculación haya ocurrido a partir del quince (15) de mayo del año dos mil (2000). En ningún caso el reconocimiento del tiempo que haya laborado en "Leona S.A. "para efectos de la indemnización podrá exceder de ocho años. LA EMPRESA reconoce a EL TRABAJADOR el tiempo laborado, únicamente para efectos indemnizatorios, desde el día 15 del mes de mayo de (sic) año 2000."*

Del anterior recuento, se evidencia que la demandada está reconociendo espontáneamente un tiempo laborado por el demandante en Cervecería Leona SA., hoy Bavaria, y si bien condicionan que dicho interregno haya sido sin solución de continuidad con posterioridad al 15 de mayo de 2000, no se puede perder de vista que al actor se le reconoció textualmente ese periodo desde esta última data, cumpliendo así las exigencias allí señaladas.

En ese orden de ideas, resulta diáfano que Bavaria acepta que el demandante fue trabajador de Cervecería Leona desde la fecha allí indicada, o sea que con ello admitió que la labor que ejecutó a través de la cooperativa lo hizo efectivamente para Cervecería Leona, que era la que fungía como su empleadora para ese momento; esto no quiere decir, se itera, que el demandante fuese trabajador de Bavaria desde antes de 2007, cuando aún no sucedía la fusión por absorción entre Leona y Bavaria, sino que para efectos de la cláusula convencional se considera como tal.

De otro lado, para esta Sala no resulta aceptable en una lógica jurídica del derecho laboral que el tiempo trabajado por el demandante tenga efectos únicamente para liquidar la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, sino que tiene consecuencias más allá, como se está haciendo ahora frente al tema de establecer el extremo inicial de la relación laboral, máxime que, como quedó visto, el actor venía laborando en las instalaciones de Leona en esas fechas y una de las pretensiones de su demanda es justamente que se tenga ese tiempo aparentemente trabajado con terceros como laborado con Leona y atribuible a Bavaria por la absorción que se produjo, sin que pueda el Tribunal hacer caso omiso del reconocimiento que esta empresa hizo en el referido documento.

Por consiguiente, si se suma al extremo establecido del 13 de marzo de 1993 hasta el 1° de junio de 2006, la continuidad del contrato queda más que demostrada, porque incluso en el otro sí reconocen una relación laboral con Cervecería Leona desde mayo del año 2000, en esa medida se encuentra completamente acreditado que la relación laboral siempre se ejecutó con Cervecería Leona, hoy Bavaria, dada la fusión a la que ya se hizo mención.

De otra parte, si bien el demandante suscribió la cláusula del otrosí, de manera libre y voluntaria, tal situación no cambia la conclusión a la que arribó este Tribunal basándose en el otrosí, porque precisamente la demandada reconoció en dicho documento que el demandante, laboró desde el 15 de mayo de 2000, bajo la modalidad de un contrato de trabajo a término indefinido, y si bien en el contrato suscrito entre Cervecería Leona S.A. y el demandante el 1º de junio de 2006 se pactó que esa vinculación era una nueva e independiente de cualquier otra que hubiera podido existir con anterioridad, dicha manifestación pierde su razón de ser precisamente, al convenirse en el otrosí que, para liquidar la indemnización por despido sin justa causa, se haría desde el 15 de mayo de 2000, lo que corrobora que se trata del mismo contrato.

Continuando con el análisis, se verifica que de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de la empresa demandada, mediante escritura pública 2754 del 30 de agosto de 2017, de la Notaría 11 de Bogotá D.C., aquella sociedad absorbió mediante fusión a Cervecería Leona S.A. situación que no fue objeto de controversia entre las partes; por lo tanto, en los términos del artículo 172 del Código de Comercio, Bavaria al ser la absorbente, adquiere los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta al formalizarse el acuerdo de fusión, por

tanto, Bavaria adquirió las obligaciones asumidas por la Cervecería Leona en virtud de la fusión por absorción.

Ahora bien, en el expediente se encuentra probado que el demandante suscribió una transacción en agosto de 2002, y así lo acepto el actor, que incluso le dieron un dinero como especie de bonificación; no obstante esa negociación fue un acto ficticio, porque tal y como se observa en la documental reseñada la transacción se firmó el 17 de agosto de 2002 y al día siguiente de suscribirlo (18 de agosto de 2002), volvieron a prestar sus servicios en las mismas condiciones, entendiendo que si lo que se quería era transar la terminación del contrato con Cervecería Leona, no tiene razón de ser que la actividad laboral se reanudara al día siguiente en iguales condiciones en las que se venía ejecutando; luego de ninguna manera esta Sala puede permitir que ese tipo de actos atentatorios contra los derechos de los trabajadores cuente con plena validez, ni mucho menos considerar que tengan efectos tan trascendentales de hacer tránsito a cosa juzgada, o tenerse en cuenta para una eventual compensación, como lo expone en la apelación

En conclusión, para esta Sala el reconocimiento que hizo la demandada en el otrosí, atado a la relación laboral con Cervecería Leona desde el 15 de mayo de 2000 hasta el 1° de junio de 2006, es más que suficiente para darle la razón al juez a quo cuando declaró la existencia del contrato de trabajo desde el año 1995, porque esos supuestos 4 años que el demandante estuvo a través de cooperativa se tienen que computar para establecer la unidad contractual, es más los testigos han manifestado que el demandante presta sus servicios desde el año 1995 en el área de envasado; advirtiéndose que la condición frente al reconocimiento del tiempo laboral que se hace en el otrosí, excluye los demás derechos que se pudieran derivar del vínculo laboral, ello no es dable, de acuerdo con lo señalado en el artículo 43 del CST frente a las cláusulas ineficaces, por tanto, al ser claro que la demandada reconoció que existió un vínculo laboral con el actor, desde mayo de 2000, no se podrían excluir los demás derechos que nacen a su favor, de tal manera que al señalarse que únicamente tendrá efectos para la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa, se torna tal premisa en ineficaz, sin que esta Sala pueda darle esos efectos a dicha cláusula, en esa medida se confirmará la sentencia por este aspecto.

Por lo demás se le recuerda al apoderado de la demandada que la prueba documental no es la única idónea para acreditar la existencia de un contrato de trabajo, como quiera que en el derecho laboral no existe tarifa legal y en esa medida, tal y como acá ocurre la continuidad del contrato de trabajo sí se pudo

demostrar con la prueba testimonial, sin que se hagan necesarias mayores precisiones.

**Convención colectiva de trabajo**

Superado lo anterior, pasando al acuerdo convencional, con vigencia 2019-2021, se verifica que conforme con lo señalado en la cláusula 4ª, para pertenecer al régimen anterior, (al que indica el demandante que pertenece), se deben cumplir dos requisitos, a saber: i) estar afiliado a los sindicatos, y ii) haberse vinculado a Bavaria & CIA S.C.A. con anterioridad al 22 de octubre de 2004, mediante un contrato a término indefinido, sin que el texto convencional haya excluido a los trabajadores de Cervecería Leona que pasaron a cargo de Bavaria, por la fusión de esas dos empresas; por lo tanto tales presupuestos los cumple con suficiencia el actor, pues no se discute que el accionante se encuentra afiliado al sindicato SINALTRAINBEC, así se constata con la certificación expedida por el respectivo sindicato, a la cual ya se hizo alusión; y frente al otro requisito, como ya se expuso, el gestor se encuentra vinculado con la empresa demandada desde el 13 de marzo de 1995 mediante un contrato de trabajo a término indefinido; por tanto no queda a duda que si es beneficiario del régimen anterior y con ello, de lo dispuesto en las cláusulas convencionales 24, 25, 48, 49, 50 y 51, comoquiera que su aplicación se exceptúa solo para el régimen nuevo; además, se itera, su literalidad no excluye a los trabajadores recibidos por Bavaria en razón a la fusión con Cervecería Leona, por lo que se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

Con todo, el juez a quo omitió un detalle importante y era establecer el momento exacto en que el demandante se afilió al sindicato, porque resulta que tal y como lo argumenta la apoderada de Bavaria, en el certificado expedido por SINALTRAINBEC el 2 de diciembre de 2020, no se estableció la fecha en que el señor Joselin Cubaque ingresa a la organización sindical, el juez de manera muy somera se limita a establecer que el gestor es afiliado de la organización sindical, pero no más, y emite condenas completa por la convención colectiva 2019-2021.

Y es que, al practicar la prueba personal, nada se mencionó al respecto; y tampoco se allegaron instrumentales que den cuenta de los pagos por descuento de la cuota sindical, como para tener una fecha más clara, al representante legal de la pasiva únicamente se le pregunta que, si al actor le hacían dicho descuento, y el únicamente manifiesta que sí pero no indica desde cuándo.

Entonces, razonablemente se puede inferir que por lo menos el actor se encuentra afiliado al sindicato desde el 2 de diciembre de 2020, fecha en la que SINALTRAINBEC expide la certificación; de manera que en ese sentido deben modificarse las condenas, pero antes detengámonos en lo siguiente.

Al dar lectura a las cláusulas 24, 25, 48, 49, 50, 51 (remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario, trabajo en domingos y feriados, prima de diciembre, prima de pascua, prima de junio, prima de descanso), en efecto se observa que solo la prima convencional de diciembre es constitutiva de salario para cancelar las cesantías, prima legal de servicios y pensión de jubilación; por lo tanto erró la juzgadora de instancia cuando incluyó la cláusula 24 y 25 para reliquidar las cesantías sus intereses, prima de servicios y los aportes a pensión teniendo en cuenta que los rubros mencionados no cuentan con incidencia salarial para efectos de calcular dichos emolumentos; advirtiendo en todo caso que es una remuneración especial para establecer el recargo por trabajo nocturno y suplementario, luego ese porcentaje adicional convencional que paga la demandada no debe considerarse salario, salvo el legal correspondiente, y acá no se discute que no se pagaron los recargos por trabajo nocturno y suplementario legal, sino que estos no se liquidaron conforme a las prerrogativas de la Convención colectiva.

**Revisión de las condenas.**

Como se modificó la fecha de disfrute de los beneficios convencionales se hace necesario precisar la sentencia atendiendo al hecho de que dichas acreencias laborales se causan desde el 2 de diciembre de 2020, así:

Modificar los literales a, b y c del numeral 3º de la sentencia apelada para en su lugar condenar a pagar a la pasiva los siguientes sumas y conceptos:

a) $ 1.688.649 por concepto del saldo de la remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario (cláusula 24).

b) $ 2.142.283,78 por concepto del saldo del valor de los trabajos en domingos y feriados (cláusula 25).

c) $ 5.869.673,33 por concepto de la prima de diciembre de 2020.

Revocar los literales d y e del numeral 3º de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la demandada por dichos rubros

En cuanto a la excepción de compensación baste con mencionar que, en el presente caso, las sumas reconocidas a favor del demandante corresponden a la reliquidación de prestaciones extralegales, conforme el régimen anterior, que la empresa no ha reconocido, e incluso dicha entidad insiste que el demandante no es beneficiario del mismo, por tanto, no hay lugar a declarar probada la excepción de compensación.

Finalmente, de cara a la indexación se recuerda que su finalidad es actualizar o traer a valor presente las sumas económicas ordenas en primer grado, de tal suerte que no tiene vocación de prosperidad lo mencionado por la apelante en razón a que es lógico que los beneficios convencionales que se lleguen a causar en un futuro se cancelan en el momento que se causen y por ende no deben indexarse, pero las condenas que acá se fulminaron sí, porque el empleador debió pagarlas en un momento histórico determinado y no lo hizo, luego no se puede generar para el demandante la pérdida adquisitiva del valor de la moneda, porque precisamente lo que se busca con la corrección monetaria es preservar principios constitucionales de equidad, justicia y reparación plena.

Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad parcial del recurso de apelación.

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

**Resuelve:**

**Primero**: **Modificar parcialmente** el numeral 2º de la sentencia apelada, para en su lugar declarar que el demandante Joselin Cubaque Mendivelso es beneficiario del régimen anterior estipulado en la cláusula 4° de la convención colectiva de trabajo 2019-2021 suscrita entre Bavaria & CIA SCA y los sindicatos Sinaltrainbec y Utibac, pero a partir del 2 de diciembre de 2020 y en adelante; conforme lo motivado.

**Segundo: Revocar** parcialmente los numerales 4º, 6º, 7º, para excluir de la reliquidación de las cesantías sus intereses, prima de servicios y los aportes a pensión, las cláusulas 24 y 25 de la convención colectiva, esto es, remuneración

especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario, trabajo en domingos y feriados, acorde con lo considerado.

**Segundo: Revocar** parcialmente los numerales 4º, 6º, 7º, para excluir de la reliquidación de las cesantías sus intereses, prima de servicios y los aportes a pensión, las cláusulas 24 y 25 de la convención colectiva, esto es, remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario, trabajo en domingos y feriados, acorde con lo considerado.

**Tercero: Modificar** los literales a, b y c del numeral 3º de la sentencia apelada para en su lugar condenar a pagar a la pasiva los siguientes sumas y conceptos:

a) $ 1.688.649 por concepto del saldo de la remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario (cláusula 24).

b) $ 2.142.283,78 por concepto del saldo del valor de los trabajos en domingos y feriados (cláusula 25).

c) $ 5.869.673,33 por concepto de la prima de diciembre de 2020.

**Cuarto: Revocar** los literales d y e del numeral 3º de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la demandada por dichos rubros, conforme lo argumentado.

**Quinto: Confirmar** en lo demás la sentencia apelada.

**Sexto:** Sin costas en esta instancia.

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

**Notifíquese y cúmplase,**

**MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN**
Magistrada

**EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**
Magistrado

**JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Magistrado