



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

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 002 2020 00412 02

Orlando Varela Mora vs. Bavaria y CIA S.C.A.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

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 16 de agosto 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. **Orlando Varela Mora**, 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 23 de octubre 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 14 de diciembre 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 inicialmente como operario de embotellado, por intermedio de las siguientes empresas: *“a. Desde el día 23 de octubre de 1995 y hasta el 30 de junio de 1996, estuvo vinculado a través de la empresa OPCIÓN TEMPORAL & CÍA LTDA. b. Desde el día 01 de julio de 1996 y hasta el 31 de marzo de 1997, estuvo vinculado a través de la empresa EXPERTOS PERSONAL TEMPORAL LTDA. c. Desde el día 01 de abril de 1997 y hasta el 29 de febrero de 2000, estuvo vinculado a través de la empresa COLTEMPORA (COLOMBIANA DE TEMPORALES SOCIEDAD ANONIMA). d. Desde el día 01 de abril de 2000 y hasta el día 31 de marzo de 2001, estuvo vinculado a través de la empresa OPCIÓN TEMPORAL & CÍA LTDA. e. Desde el día 01 de abril de 2001 y hasta el día 30 de abril de 2002, estuvo vinculado a través de la empresa COLTEMPORA (COLOMBIANA DE TEMPORALES SOCIEDAD ANONIMA). f. Desde el día 01 de abril de 2002 y hasta el día 31 de agosto de 2002, estuvo vinculado a través de la empresa CONEMPLEOS LTDA. g. 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”. h. Desde el día 01 de junio de 2006 y hasta el día 30 de abril de 2007, estuvo vinculado a través de la empresa CERVECERIA LEONA S.A...;”* 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, impartándole las órdenes de las actividades laborales que debe realizar, cumpliendo, además, un horario; refiere que su salario promedio es la suma de \$3.078.750 y el contrato que está vigente es a término indefinido desempeñando el cargo actual de mecánico II.

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, aplicables a los trabajadores del régimen anterior, 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. Es preciso reiterar que el vínculo laboral con la empresa BAVARIA & CIA S.C.A., inicio el día 23 de octubre de 1995, aspecto que lo hace beneficiario de las cláusulas relacionadas anteriormente aplicables a los trabajadores del régimen anterior. El día 04 de enero de 2019, la empresa BAVARIA & CIA S.C.A. reconoce la antigüedad del señor ORLANDO VARELA MORA, y por ende los beneficios consagrados para los trabajadores antiguos...”*

2. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante auto de 21 de abril de 2021 admitió la demanda, ordenó la notificación a la pasiva y el respectivo traslado.



3. Contestación de la demanda. El despacho de primer grado mediante auto de 14 de octubre de 2021 se tuvo por no contestada la demanda

4. Sentencia de primera instancia.

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia proferida el 16 de agosto de 2023, resolvió: *“Primero: Declarar no probada la tacha de sospecha propuesta contra los testigos Luis Fernando Peña y Héctor Eusebio Pedroso. Segundo: Declarar que entre el demandante Orlando Varela Mora y la entidad Bavaria & CIA SCA existe un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia desde el 23 de octubre de 1995. Tercero: Declarar que el demandante Orlando Varela Mora es beneficiario del régimen anterior estipulado en la cláusula 4.º de la convención colectiva de trabajo 2019-2021 suscrita entre Bavaria & CIA SCA y los sindicatos Sinaltrainbec y Utibac. Cuarto: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer y a pagar al demandante Orlando Varela Mora las siguientes sumas y conceptos: a) \$2.274.675,39 por concepto del saldo de la remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario (cláusula 24). b) \$2.313.165,93 por concepto del saldo del valor de los trabajos en domingos y feriados (cláusula 25). c) \$7.068.126,67 por concepto de la prima de diciembre de 2019 y 2020 (cláusula 48) d) \$1.590.328,98 por concepto de prima de pascua de 2020 (cláusula 49). e) \$1.060.219 por concepto de prima de junio de 2020 (cláusula 50). f) \$1.590.328,98 por concepto de prima de descanso de 2020 (cláusula 51). La indexación de las condenas con base en las variaciones del IPC vigentes al momento de su exigibilidad y pago, con forme al IPC certificado por el DANE. Quinto: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer al demandante Orlando Varela Mora el pago indexado de la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías y prima de servicios con inclusión de los promedios mensuales del valor la remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario \$282.709,19 (cláusula 24), el valor del trabajo dominical y feriado \$650.974,46 (cláusula25) y prima de diciembre 441.757.92 (cláusula 48), para 2020. Sexto: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer al demandante Orlando Varela Mora el pago indexado de la reliquidación de la compensación de las vacaciones, con inclusión del promedio mensual de la prima de diciembre de \$441.757.92 (cláusula 48), para 2020. Séptimo: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer al demandante Orlando Varela Mora 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 y en lo sucesivo durante la vigencia de la convención colectiva y el contrato de trabajo. Octavo: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reajustar al demandante Orlando Varela Mora las cotizaciones a seguridad social en salud y en pensiones, partir del 1.º de septiembre de 2019 y en adelante mientras esté vigente la relación laboral y el texto convencional, 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. Se autoriza a la demandada a descontar el porcentaje legal que debe asumir el trabajador demandante sin que se incluyan sanciones, multas o intereses los cuales recaen exclusivamente en la sociedad demandada. Noveno: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a pagar al demandante Orlando*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Varela Mora los beneficios extralegales contemplados en la convención colectiva de trabajo 2019-2021, en adelante, y mientras perdure el contrato de trabajo que los liga entre sí y se encuentre vigente el texto normativo. Décimo: Absolver a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA de las restantes pretensiones incoadas en su contra por el demandante. Undécimo: Condenar en costas de primera instancia a la parte vencida. En su liquidación, inclúyase la suma de un salario mínimo legal mensual por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la contraparte...”

La jueza aclaró la sentencia expresando que para liquidar los conceptos impuestos tuvo en cuenta el salario que se acreditó dentro del proceso, de acuerdo con el cargo que tenía el demandante.

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:

“(..)El demandante únicamente comenzó a proporcionar servicios personales para Bavaria a partir del 31 de agosto de 2007 con ocasión a la fusión por absorción que se dio entre Bavaria y Cervecería Leona, según se observa en el certificado de existencia y representación legal de mi representada, y además se acreditó que la fecha en la cual inició el vínculo laboral que ató al demandante con la Cervecería Leona corresponde al 1º de junio de 2006, vínculo que fue completamente nuevo e independiente a otro que hubiese podido existir con anterioridad, de esta manera el aquo en desconocimiento de la legislación laboral, declaró sin fundamento alguno que el trabajador demandante era trabajador de Bavaria desde el 23 de octubre de 1995, desconociendo que el 1º de junio de 2006, el demandante siendo mayor de edad, de manera libre consciente y voluntaria y en pleno uso de sus facultades, suscribió un contrato de trabajo con Cervecería Leona tal como lo permite la legislación laboral colombiana y la fecha de inicio de labores para dicha sociedad fue el 1º de junio de 2006, y solo hasta esa fecha el demandante tuvo un contrato de trabajo a término indefinido con dicha sociedad, tal como se desprende de la cláusula 23 de dicho acuerdo... Define el concepto de la fusión por absorción... no es la continuación de Cervecería Leona en cuerpo ajeno y menos que Cervecería Leona y Bavaria se deban tomar como una sola persona jurídica con anterioridad al 31 de agosto de 2007... no es posible advertir afirmar que los trabajadores que venían de cervecería Leona, deban entenderse como trabajadores de Bavaria desde antes que se diera la fusión o que estos hubiesen tenido un único empleador... y en efecto, desde que Bavaria asumió al demandante como trabajador le ha garantizado todo sus derechos y reconocido todas sus creencias que legalmente le corresponde, el juez desconoció los artículos 67 a 70 del CST, donde se regulan las implicaciones en derecho que se dan en virtud de las sustitución patronal... en cuanto al demandante operó una sustitución patronal... Bavaria por el proceso de absorción no puede reconocer periodos laborales a nombre de Cervecería Leona diferentes a los que esa compañía aceptó cuando existía... ello implica que el actor nunca fue beneficiario del régimen prestacional previsto por Bavaria antes del 1º de junio del 2006... el juez desconoció que no pueden los trabajadores de Leona venir a beneficiarse de unas prerrogativas que estaban establecidas únicamente para los trabajadores que se encontraban vinculados directamente con Bavaria, antes del 22 de octubre de 2004... la cláusula 4 de la convención independiente de la organización sindical firmante tienen un trasfondo particular y es únicamente garantizar los derechos de los empleados que se favorecían de los beneficios especiales de las convenciones colectivas de trabajo de



Sinaltrabavaria... el juez interpretó erróneamente el contrato de trabajo suscrito entre Cervecería Leona y el demandante el 1º de junio de 2006... el demandante no acreditó que hubiese prestado sus servicios de manera ininterrumpida para las sociedad que alegó para las que presuntamente prestó sus servicios con anterioridad a su vinculación directa con Cervecería Leona; hubo interrupción entre todas esas presuntas vinculaciones que hubo con las empresas de servicios temporales... en todo caso el juez cometió un error al considerar que la prima de diciembre contemplada por la cláusula 48 de la convención colectiva de trabajo, era constitutiva de salario para todos los efectos desconociendo que la misma cláusula dispone que solo se tenía en cuenta para liquidar las cesantías, prima de servicios y pensión de jubilación, y que debía promediarse al momento de calcular las condenas de los numerales 5º, 6º y 7º... a sabiendas que solo se causa el 5 de diciembre de cada año, y por lo mismo solo para este mes tienen incidencia salarial en los tres conceptos mencionados, además, se advierte que el juez desconoció que ni la cláusula 24 ni 25 son constitutivas de salario y por lo cual erró el juzgador al tenerlas en cuenta para liquidar las cesantías intereses a las cesantías, prima de servicios, reliquidaciones de vacaciones y aportes a seguridad social; además e advierte que para el momento en que se contestó la demanda, la convención colectiva de trabajo 2019- 2020 seguía vigente y no se había suscrito la del periodo 2021- 2023, pero ello no implica que la del 2021 siga vigente, por último se reitera Bavaria no desconoció el derecho a la igualdad.

6. Alegatos de conclusión. En el término de traslado ninguna de las partes presentó alegaciones de segunda instancia.

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 23 de octubre de 1995? ¿El actor es beneficiario del denominado “régimen anterior” convencional? ¿Los beneficios colectivos estipulados en las cláusulas 24, 25 y 48 de la convención colectiva, tiene incidencia salarial? ¿Cuál es la vigencia de los beneficios colectivos?

8. Resolución al (los) problema (s) jurídico (s). De antemano, la sala anuncia que la sentencia apelada será **modificada y/o revocada** en cuanto a la reliquidación de las acreencias laborales, 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 dicho, 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 la extinta Cervecería Leona hoy Bavaria y los terceros 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.

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. 64 pdf 01 certificación expedida por Expertos Personal Temporal en la que se menciona que presta sus servicios como operario de embotellado desde el 3 de julio de 1996.

Obra a fl. 65, 66, 68 y 69 ib. certificaciones expedidas por Coltempora, en la cual se menciona que el actor laboral en Cervecería Leona como operario en misión (operario de embotellado desde el 15 de abril de 1997, por lo menos hasta el 14 de septiembre de 1998; y desde el 5 de abril de 1999 hasta el 20 de febrero de 2000; del 9 de abril de 2001 al 7 de abril de 2002.

Obra a fl. 67 ib. comunicado expedido por Opción Temporal & Cia Ltda., en la que se le informa que a partir del 15 de diciembre de 2000 se le asigna el cargo de operario II envasado.

Obra a fl. 71 y 72 el contrato de asociación entre la precooperativa de trabajo asociado mecánica eficaz y el demandante de fecha 18 de agosto de 2002.

Obra a fls. 73 a 79 ib. el contrato de trabajo suscrito entre Cervecería Leona y el demandante de fecha 1° de junio de 2006.

Obra a fl. 80 ib. certificación expedida por la precooperativa procesos eficaces, en la que se deja constancia que el demandante prestó sus servicios para la Cervecería Leona desde el 18 de agosto de 2002 hasta el 31 de mayo del 2006.



Obra a fl. 83 ib., certificación expedida por Bavaria en la que deja constancia que el demandante prestó sus servicios para Cervecería Leona desde el 9 de abril del 2001 hasta el 17 de agosto de 2002.

Obra a fl. 85 ib. Certificación expedida por Bavaria de fecha 24 de octubre de 2016, en donde se menciona que el demandante tiene un contrato a término indefinido desde el 1° de junio de 2006.

Obra a fl. 86 ib., adición al contrato de trabajo suscrito entre las partes del 4 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 9 de abril de 2001.

Obra a fls. 87 a 102 ib. el reporte de semanas cotizadas en pensión a Colpensiones, donde se observa que estuvo vinculado EST y precooperativa de trabajo asociado, Cervecería Leona, y en adelante los aportes los ha continuado haciendo Bavaria S.A.

Obra a fl. 103 ib. certificación expedida por Opción temporal en donde se menciona que el actor prestó sus servicios como operario desde el 23 de octubre de 1995 hasta el 17 de junio de 1996.

Obra a fls. 104 a 150 la convención colectiva 2019- 2021.

Obra a fls. 130 a 165 PDF 13, la relación del trabajo suplementario del demandante del 2019 al 2022

También en esta causa se recibieron las pruebas personales de los testigos Luis Fernando Peña Ruíz y Héctor Eusebio Pedrozo Ospino.

El testigo Luis Fernando Peña Ruíz, compañero de trabajo del demandante desde el 23 de octubre de 1995, ingresaron al mismo día en el cargo se supernumerario, ingresaron a la Cervecería por temporales (opción temporal Coltempora, entre otras) desde 1995 hasta el 2002; del 2002 al 2006 con precooperativas mecánica eficaz; desde el 2006 a 2007 contrato a término indefinido con Leona; los llamaron y los reunieron, y les dijeron que iban a formar precooperativas, que si no querían quedaban desempleados; que al demandante le daba órdenes Enrique Mora



Gilberto daza, y Oscar Rodríguez que eran trabajadores directos de Bavaria, que overoles, guantes, seguridad industrial todo era por parte de Cervecería Leona; no hubo modificaciones siempre hicieron lo mismo.

El declarante Héctor Eusebio Pedrozo Ospino ingresó a trabajar a la extinta Cervecería Leona desde 19 diciembre de 1995, y desde ese momento conoce al demandante, ya el demandante estaba trabajando que se vincularon a través de temporales, inicialmente, que las temporales fueron hasta el año 2002, luego se pasaron a precooperativas (mecánica eficaz), que los reunieron les dieron un bono y pasaron a formar parte de precooperativa, en el 2006 pasan directamente a cervecería Leona; fueron subordinados por personal directo de Cervecería Leona, las herramientas y los medios eran de Cervecería Leona.

Vale aclarar que, a pesar de que los testigos fueron tachados por parte de la pasiva, lo cierto es que explicaron la razón de la ciencia de sus dichos, fueron espontáneos al mencionar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y la forma como conoció de la información relatada, se trata testigos directos de lo ocurrido, trabajadores de Bavaria desde 1995, y de primera mano conoció lo acontecido al interior de la empresa en cuanto al desenvolvimiento de la situación laboral del gestor, por lo que el Tribunal le da pleno valor probatorio a la prueba testimonial, al cumplirse los presupuestos del art. 221 del CGP aplicable por reenvío del artículo 145 del CPT y de la SS., sumado a ello, no se notaron parcializados o con el ánimo de querer favorecer al demandante; y quien mejor que sus compañeros de trabajo para explicar las circunstancias que rodearon las situaciones fácticas de la demanda, de tal manera que en efecto tal tacha no tenía visos de prosperidad.

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 23 de octubre de 1995, 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 el 23 de octubre de 1995, 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 analizada la prueba testimonial, a la que ya se hizo alusión en precedencia, se verifica que el accionante ha desempeñado diferentes cargos inicialmente como supernumerario en la Cervecería Leona hoy Bavaria, en la actualidad como



mecánico ii, y si bien inicialmente lo hizo a través de empresas de servicios temporales o precooperativas, 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 en identificar la indebida utilización de las empresas de servicios temporales y precooperativa 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, y sus jefes, los ingenieros de Cervecería Leona, eran quienes le impartían las indicaciones para la prestación de los servicios personales del actor, siendo que ellos fungían como trabajadores de Cervecería Leona, hoy Bavaria, lo que nota claramente una ficción.

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 *sub lite*, como se viene explicando, no se dan los presupuestos para validar la contratación efectuada con las empresas de servicios temporales ni la precooperativa, porque, se insiste, no se cumplieron los fines de las EST'S o del cooperativismo, más bien fue una forma malintencionada de desconocer la relación laboral, como quiera que el demandante fue contratado a partir de 1995, y desde el 1° de junio Leona vinculó al demandante como su trabajador de planta.

En el año 2019 se firmó un otrosí 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 de (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 9 del mes abril de (sic) año 2001.”*

Del anterior recuento, se evidencia que la demandada está reconociendo espontáneamente el 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 el 9 de abril de 2001, 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 23 de octubre de 1995 al 9 de abril de 2001 y de ahí 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 el año 2001, pero lo que es cierto es que tal y como lo informó el testigo Peña Ruíz el demandante ingreso a la extinta Cervecería Leona el 23 de octubre de 1995; en esa medida se encuentra completamente acreditado que la relación laboral siempre se ejecutó con Bavaria, dada la fusión.

Se insiste, la demandada reconoció en dicho documento que el demandante, laboró desde el 9 de abril de 2001, 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 1° 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 9 de abril de 2001, 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.

En conclusión, para esta Sala el reconocimiento que hizo la demandada en el referido otrosí, atado a la relación laboral con Cervecería Leona desde el 23 de octubre de 1995 hasta el 1° de junio de 2006, es más que suficiente para establecer la existencia del contrato de trabajo desde el año 1995, así mismo lo reconocen los testigos escuchado en primera instancias; 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 2001, 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, como lo pretende el extremo pasivo, por lo que, en esa medida se confirmará la sentencia por este aspecto.

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 ya que eso no fue objeto de discusión por las partes; y frente al otro requisito, como ya se



expuso, el gestor se encuentra vinculado con la empresa demandada desde el 23 de octubre 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.

En relación con la vigencia de la referida convención colectiva de trabajo, la cláusula 64^a señala que *“rige a partir del 1º de septiembre de 2019 y tendrá vigencia hasta el 31 de agosto de 2021”*, por su parte, la cláusula 67^a indica que, *“Si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de la vigencia de la presente convención, las partes o una de ellas no hubieran hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.”*

Quiere decir lo anterior que, una vez finalizada la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dicho instrumento ha de entenderse prorrogado de 6 en 6 meses, salvo que se demuestre que una de las partes hubiese hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darlo por terminado, sin embargo, en el presente caso, si bien tal acuerdo convencional estaba vigente hasta el 31 de agosto de 2021, lo cierto es que no se demostró la expresa manifestación de alguna de las partes de finalizarlo, y por ende, es dable concluir que el mismo se encuentra vigente, ello en razón a que al plenario no se aportó la supuesta convención colectiva del 1º de septiembre de 2021 al 31 de agosto 2023, de ahí que no luzca desacertada la decisión de primer grado que ordena pagos del 2021 y 2022, por lo que en ese sentido se confirma la sentencia.

Ahora, como no tuvo visos de prosperidad los argumentos de la apelante demandada debe verificarse lo siguiente: *“en todo caso el juez cometió un error al considerar que la prima de diciembre contemplada por la cláusula 48 de la convención colectiva de trabajo, era constitutiva de salario para todos los efectos desconociendo que la misma cláusula dispone que solo se tenía en cuenta para liquidar las cesantías, prima de servicios y pensión de jubilación, y que debía promediarse al momento de calcular las condenas de los numerales 5º, 6º y 7º... a sabiendas que solo se causa el 5 de diciembre de cada año, y por lo mismo solo para este mes tienen incidencia salarial en los tres conceptos mencionados, además, se advierte que el juez desconoció que ni la cláusula 24 ni 25 son constitutivas de salario y por lo cual erró el juzgador al tenerlas en cuenta para liquidar las cesantías intereses a las cesantías, prima de servicios, reliquidaciones de vacaciones y aportes a seguridad social...”*



El juzgador de instancia ordenó: *“quinto: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer al demandante Orlando Varela Mora el pago indexado de la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías y prima de servicios con inclusión de los promedios mensuales del valor la remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario \$282.709,19 (cláusula 24), el valor del trabajo dominical y feriado \$650.974,46 (cláusula25) y prima de diciembre 441.757.92 (cláusula 48), para 2020. Sexto: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer al demandante Orlando Varela Mora el pago indexado de la reliquidación de la compensación de las vacaciones, con inclusión del promedio mensual de la prima de diciembre de \$441.757.92 (cláusula 48), para 2020. Séptimo: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reconocer al demandante Orlando Varela Mora 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 y en lo sucesivo durante la vigencia de la convención colectiva y el contrato de trabajo. Octavo: Condenar a la entidad demandada Bavaria & CIA SCA a reajustar al demandante Orlando Varela Mora las cotizaciones a seguridad social en salud y en pensiones, partir del 1.º de septiembre de 2019 y en adelante mientras esté vigente la relación laboral y el texto convencional, 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)...”*

Al respecto al dar lectura a las cláusulas 48, de la convención colectiva suscrita entre Bavaria y Sinaltrainbec y Utibac de 2019 – 2021 (prima de diciembre), en efecto se verifica 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 que se equivocó el juez a quo en ordenar su inclusión en la reliquidación de los intereses a las cesantías, vacaciones y aportes a pensión.

En cuanto a la cláusula convencional concerniente al trabajo suplementario y dominicales y festivos, de un lado, la cláusula 24 que hace referencia a la remuneración especial, recargo por trabajo nocturno y suplementario, en la parte final señala que, *“Para la aplicación de esta Cláusula, debe tenerse en cuenta que en todo sueldo está comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado”*, y de otra parte, si bien en la cláusula 25 no indica de forma textual que constituyen salario los domingos y feriados laborados, estos rubros tienen incidencia salarial al ser una retribución directa del servicio del trabajador tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia desde antaño; por ende, dicho trabajo suplementario y recargos nocturnos tienen carácter salarial y se deben tener en cuenta para la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y cotizaciones a seguridad social, entre otros como bien lo hizo el juez *a quo*.

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



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

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 los numerales 5º, 7º y 8º y revocar el numeral 6º de la sentencia apelada, en el entendido de que la prima convencional de diciembre no puede ser tenida en cuenta para la reliquidación de intereses a las cesantías, vacaciones y aportes a pensión, conforme lo motivado.

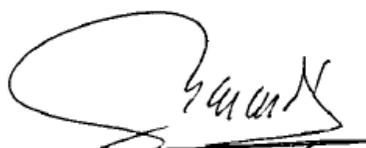
Segundo: Sin costas en esta instancia.

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

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado