TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAVIER ENRIQUE LARGO POVEDA CONTRA BAVARIA & CIA S.C.A. Radicación No. 25899-31-05-001-**2021-00040**-01.

Bogotá D. C. nueve (9) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Se emite la presente decisión de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca.

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

SENTENCIA

1. El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra Bavaria & CIA S.C.A. para que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de diciembre de 1995 y que es beneficiario de las cláusulas 24, 25, 48, 49, 50 y 51 de la Convención Colectiva suscrita entre las organizaciones sindicales y la demandada. Como consecuencia, solicita se condene al pago de: recargos por trabajo nocturno y suplementario, domingos y feriados, prima de diciembre, prima de pascua, prima de junio y prima de descanso, así como la diferencia salarial y la reliquidación de todos los emolumentos devengados desde el inicio de la relación laboral con base en los beneficios constitutivos de salario consagrados para los trabajadores del régimen anterior, según artículos 24, 25 y 48 de la convención colectiva, como lo son: diferencias salariales, reajustes de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes realizados al sistema de seguridad social; y, además, el pago de la indemnización por no consignación de las cesantías y de la sanción por no pago de los intereses a las cesantías sobre el salario real, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, lo que resulte *extra y ultra petita*, las costas del proceso y la indexación (pág. 1-27 PDF 01).

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que ingresó a laborar en Bavaria & CIA S.C.A. el 1 de diciembre de 1995 por intermedio de las siguientes empresas: a) De diciembre de 1995 al 30 de septiembre de 1996 con la empresa Opción Temporal y Cía; b) Del 1º de octubre de 1996 al 30 de abril de 1997 con la empresa Expertos Personal Temporal; c) Del 1º de mayo de 1997 al 31 de marzo de 2000, con Coltempora; d) Del 1º de abril de 2000 al 30 de abril de 2001, con la empresa Opción Temporal y Cía; e) Del 1º de mayo de 2001 al 30 de abril de 2002, con la empresa Coltempora; f) Del 1º de mayo de 2002 al 31 de agosto de 2002, a través de la empresa Conempleos Limitada; g) Del 1º de septiembre de 2002 al 31 de mayo de 2006 con la Precooperativa de Trabajo Asociado; h) Del 1º de junio de 2006 al 31 de agosto de 2007 con la Cervecería Leona S.A.; e i) Desde el 1º de septiembre de 2007 a la presentación de la demanda con Bavaria & CIA S.C.A; aduce que ha prestado sus servicios laborales de manera continua e ininterrumpida en actividades propias del objeto social de la entidad demandada, en sus instalaciones y bajo su subordinación; que su cargo actual es el de operador y envasador de cerveza y sifón, y su salario promedio es la suma de $3.077.208; de otro lado, señala que en el año 2012 se afilió a la organización sindical Utibac, que el 25 de octubre de 2019 entre dicha organización sindical, Sinaltrainbec y Bavaria, se suscribió una Convención Colectiva de Trabajo, vigente a la fecha, cuyo artículo 4º establece *"el alcance y el campo de aplicación de los beneficios establecidos convencionalmente, aplicables a los trabajadores del régimen anterior, quienes se han vinculado con contrato a término indefinido, antes del veintidós (22) de octubre de dos mil cuatro (2004) a Bavaria S.A. y Cervecería de Barranquilla, siempre y cuando se hayan afiliado a LOS SINDICATOS"*; y explica que tales beneficios son los consagrados en las cláusulas 24, 25, 48, 49, 50 y 51 de dicho instrumento; además, indica que el 4 de enero de 2019, la demandada reconoció el tiempo laborado en Cervecería Leona y su antigüedad; no obstante, vulnera su derecho a la igualdad, pues no le reconoce los mencionados beneficios; finalmente, agrega que la empresa Opción Temporal certificó que él laboró en la Cervecería Leona desde el 1º de diciembre de 1995.

3. La demanda se presentó el 5 de febrero de 2021 (PDF 02), correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca; despacho judicial que, con auto del 29 de abril de ese año, la inadmitió (PDF 05); subsanada en tiempo (PDF 07), con proveído del 10 de junio de 2021 la admitió y ordenó notificar a la demandada (PDF 08). La notificación se realizó el 6 de julio de 2021 (PDF 09).

4. La demandada Bavaria S.A., el 23 de julio de 2021, dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones; aceptó los hechos

relacionados con la suscripción de la convención colectiva entre Bavaria y el sindicato Sinaltrainbec, y el contenido de la convención; respecto a los demás hechos, manifestó que *"entre el demandante y mi representada hubo prestación del servicio desde el año 2007, no obstante, la compañía le reconoció al actor una antigüedad desde el 1 de junio de 2006, en virtud de la absorción de BAVARIA sobre la sociedad CERVERCERÍA LEONA S.A."*, por tanto, la fecha de la vinculación del actor se da a partir del 1º de junio de 2006; agrega que no es cierto que el demandante le haya prestado sus servicios de manera continua y subordinada desde el 1 de diciembre de 1995 y por ende no le aplica el régimen anterior consagrado en la cláusula 4ª de la convención colectiva, pues solo lo es para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido, antes del 22 de octubre de 2004. Propuso las excepciones de fondo de cobro de lo no debido por inexistencia de título y causa, enriquecimiento sin causa, inexistencia de la obligación, cosa juzgada, improcedencia de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, buena fe, prescripción, compensación y la genérica (PDF 10).

5. Con auto del 2 de septiembre de 2021 la juez inadmitió la respuesta dada por Bavaria (PDF 12), y luego de ser subsanada (PDF 13), mediante proveído del 30 de septiembre de 2021 la tuvo por contestada y fijó como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 11 de febrero de 2022 (PDF 15), la que fue reprogramada por solicitud de la parte demandante con auto del 4 de noviembre de 2021 para el 17 de febrero del mismo año (PDF 18); no obstante, la misma no se realizó por permiso concedido a la juez titular del despacho, y con auto del 24 de este último mes y año se fijó el 7 de abril siguiente para su realización (PDF 22); la que tampoco se llevó a cabo por "*asuntos administrativos internos del Juzgado*", y se señaló el 20 de septiembre de 2022 para la celebración de esa diligencia (PDF 24); oportunidad en la que finalmente se realizó, y se citó para el 25 de mayo de 2023 para celebrar audiencia de trámite y juzgamiento (PDF 10).

6. La Juez Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá, en sentencia proferida el 25 de mayo de 2023, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes intervinientes desde el 1º de diciembre de 1995, y que el actor es beneficiario del régimen anterior estipulado en la convención colectiva de trabajo 2019-2021; y en ese sentido, condenó a la demandada a pagar al demandante los beneficios consagrados en las cláusulas 24, 25, 48, 49, 50 y 51 de dicha convención, así: *"recargo nocturno por un valor de $5.297.653", "reliquidación de las cesantías por un valor de $441.471", "reliquidación de prima de servicios por un valor de $441.471", "Prima de diciembre por valor de (50) días de salario básico del año 2019, 2020 y 2021 por un valor de $15.324.406", "Prima de pascua, equivalente a (15)*

días de salario básico de los años 2019, 2020 y 2021 por un valor de $4.597.320", "Prima de junio equivalente a (10) días de salario básico de los años 2019, 2020 y 2021 por un valor de $3.064.880", "Prima de descanso, equivalente a (15) días de salario básico de los años 2019, 2020 y 2021 por un valor de $4.597.320", "aportes al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, lo anterior teniendo en cuenta el salario devengado por el aquí demandante teniendo en cuenta el trabajo suplementario de horas extras a partir del 01 de enero de 2018 hasta el 05 de febrero de 2021"; absolvió a la demandada de las demás súplicas de la demanda; y condenó en costas del proceso a Bavaria, tasándose las agencias en derecho en 3 SMLMV (PDF 31).

7. Contra a la anterior decisión la apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoquen las condenas impuestas por la juez por las siguientes razones: *"…el presente caso no existe una relación laboral conforme lo declarado en primera instancia, esto es desde 1995, en el entendido que tal y como se fue evidenciar con las pruebas recaudadas tanto documentales como testimoniales y de declaración de parte del señor Javier Largo, la relación laboral que concluye y de la cual Bavaria por sustitución patronal debe asumir, es aquella que se celebró el 1º de junio de 2006 a través de un contrato a término indefinido y que a la fecha se sigue ejecutando a pesar de que solo a partir del año 2007 el señor Javier Largo empezó a prestar sus servicios de manera personal y directa efectivamente prestó sus servicios en favor de Bavaria; de las pruebas recaudadas se evidencia que no concurren los 3 elementos establecidos en el artículo 23 del CST que permitan inferir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el año de 1995 en aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas teniendo en cuenta que con anterioridad al primero de junio de 2006, el demandante nunca tuvo ningún vínculo laboral con Cervecería Leona sino que según su dicho, lo tuvo con empresas de servicios temporales y con una precooperativa de trabajo asociado, en tal sentido dentro de la argumentación se debe aducir a ambas formas de contratación toda vez que son totalmente distintas entre sí y tienen una reglamentación en nuestro ordenamiento jurídico diferente, en primer lugar, en cuanto a las empresas de servicios temporales, entiéndase que conforme a la Ley 50 del 90, las empresas de servicios temporales son las que fungen como verdadero empleador y entonces no por el hecho de que la empresa usuaria haya sido en su momento la Cervecería Leona se pueda hacer o dar cabida a la presunción del artículo 24 del CST toda vez que en caso de haber habido esa prestación del servicio, esto fue en virtud de que el señor Javier Largo era un trabajador en misión y que no puede establecerse entonces una vinculación por parte de Cervecería Leona y mucho menos por parte de Bavaria, incluso, haciendo uso del principio de la realidad sobre las formalidades teniendo en cuenta que dentro del presente caso no se probó que haya habido alguna transgresión a lo regulado en el artículo 77 de la Ley 50 del 90, pues conforme los certificados que logran entregarse en el presente proceso, la vinculación que tuvo el señor Largo Poveda con esta empresa de servicios temporales ni siquiera superaron el año, y en tal sentido no hay lugar a establecer que haya habido algún tipo de ilegalidad en cuanto a la contratación o el uso de las empresas de servicios temporales de las que contrató la Cervecería Leona en su momento y tal y como se explicó antes de dictar sentencia, debe tenerse en cuenta una contradicción muy diciente dentro del presente proceso, y es que la parte, el señor Javier Largo, en primer lugar pues su dicho está bastante contaminado*

respecto de lo dicho por el testigo tal y como lo dijo él en su misma declaración y digamos como que llevando la misma línea de lo que dijo el testigo se afirmó frente al despacho de primera instancia que siempre se hacían pagos en efectivo por parte de Leona, sin embargo, dentro de las pruebas documentales se puede establecer que esto no es cierto, por qué, porque existe un desprendible de nómina allegado por parte de Expertos Temporales que es lo que logro leer de dicho desprendible, de lo cual se puede evidenciar que esos pagos en efectivo no se realizaban sino que eran las mismas empresas de servicios temporales las que hacían el pago de derechos laborales al señor Largo Poveda, sin que haya habido alguna acreditación respecto a algún incumplimiento de estos derechos laborales, lo cual significa igualmente que dicha contratación a través de empresas de servicios temporales fue totalmente acorde a la legalidad y no se desconoció ninguno de sus derechos laborales tal como lo aceptó en el interrogatorio de parte; igualmente, tampoco se puede evidenciar que haya habido ilegalidad o que se pueda calificar a las empresas de servicios temporales como simples intermediarios teniendo en cuenta que aparte de que dicha vinculación no superó el año con el señor Javier Largo, se puede evidenciar que cada contratación obedeció al motivo o a la necesidad de prestación de servicios que en su momento tuvo Leona y que sobre dicha situación no existe ninguna prueba en contra que pueda referir que haya existido alguna ilegalidad en el uso del suministro de personal a través de empresas de servicios temporales; incluso se puede hacer referencia a las demás certificaciones en donde no aparece información del señor Javier Enrique Largo Poveda que haya estado vinculado con otras temporales y en tal sentido, también se debe hacer referencia que, por ejemplo, en los desprendibles de pago aparece un cargo de embotellado, en la certificación laboral que expide Opción Temporal aparece otro cargo distinto que es el de supernumerario, sin que haya habido otro indicio diferente a lo probado tanto documentalmente como también teniendo en cuenta las contradicciones entre testigo y parte, que haya habido algún tipo de violación a lo que actualmente se está utilizando y sigue totalmente vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico que es (sic) las empresas de servicios temporales, pues a modo de concluir este primer tema, y es que cumplía cargos distintos tal como se está certificando, y que también no superó el año; en cuanto a la vinculación con cooperativas de trabajo asociado, se entiende igualmente que para la época la contratación se hizo entre Leona y la precooperativa de trabajo asociado, atendiendo la línea de lo dicho por la parte demandante, sin embargo, este no se evidencia ningún tipo de ilegalidad respecto de dicha contratación toda vez que no hubo ningún tipo de subordinación jurídica por parte de Leona en esa época en que hubo vínculo con la cooperativa de trabajo asociado, situación que sí podía haber cuando estaba en la empresa de servicios temporales y mucho menos con Bavaria teniendo en cuenta que con anterioridad a la fusión por absorción entre Cervecería Leona y Bavaria no existe ninguna prueba que evidencie subordinación por parte de estas empresas, es decir, antes del 1º de junio de 2006, no existe ningún llamado de atención, no existe ninguna imposición de sanción disciplinaria, no existe el que se haya expuesto o impuesto el reglamento interno de trabajo al actor con anterioridad al 1º de junio de 2006, si bien se aduce de manera genérica que eran los mismos jefes vinculados con Cervecería Leona los que impartían órdenes dicha situación no tiene ningún soporte probatorio teniendo en cuenta que tal y como se pudo evidenciar dichas declaraciones han sido afectadas por la imparcialidad pues se nota totalmente como ese guion respecto de lo que se debe decir en cuanto a ese aspecto de subordinación, y que no puede ser prueba suficiente para concluir que era Cervecería Leona en su momento quien realizaba este

tipo de indicaciones; tampoco se determinan las personas que supuestamente fungieron como jefes; tal y como se dijo frente a las herramientas usadas ni siquiera se tiene conocimiento porque en la declaración de parte se dijo que Cervecería Leona en su momento con la cooperativa de trabajo asociado, pero no hubo ningún tipo de prueba que pueda soportar esa ilegalidad; lo dicho por los testigos no pueden ser prueba suficiente para poder lograr concluir que existió subordinación pues no se determinan esos jefes que se aducen, tampoco se determina ningún tipo de actuar negocial respecto de las herramientas porque como bien se dijo, él no participaba de las decisiones corporativas, en relación al uso de las herramientas incluso el testigo también pierde credibilidad en el entendido que no siempre como tal como lo dijo, tuvo el mismo cargo, la misma labor o función del señor Largo Poveda y tampoco coincidían siempre en los mismos turnos; lo que entonces son afirmaciones que no son suficientes para especificar que haya habido alguna subordinación respecto de esa Cervecería Leona en su momento y mucho menos de Bavaria, y tampoco se tienen precisas ni las fechas ni la frecuencia de esa supuesta subordinación, y por ende no hay lugar a establecer hay algún tipo de intermediación ilegal tal como se declaró en primera instancia, se logra evidenciar incluso que tanto es así que los derechos de petición fueron obviamente dirigidos a estas empresas, es decir, las empresas de servicios temporales, que la precooperativa de trabajo asociado fue quien expidió el debido certificado, esto puede llegar a un claro indicio de que Cervecería Leona nunca fungió como empleadora del demandante y por ende, tampoco hay prueba de la ilegalidad en la constitución y funcionamiento de la precooperativa de trabajo asociado, tal y como se expuso, es una figura jurídica totalmente regulada y permitida por la ley, tampoco se probó la falta de autonomía técnica, administrativa y financiera de la cooperativa porque tal como lo dijo la declaración de parte, ellos no intervenían en dichas situaciones sin que esa carga probatoria pueda ser acotada a mí representada Bavaria en el entendido que son situaciones en las cuales ella no tuvo ningún tipo de participación en la negociación; igualmente, en cuanto a la aplicación de la cláusula 4ª de la convención colectiva de trabajo, debe decirse que al quedar totalmente desvirtuada la existencia de una relación laboral desde el 95 se tiene que ver que la relación laboral inició en el 2006 y por ende, no es acreedor de lo dispuesto por el régimen anterior dentro de la cláusula 4ª de la convención colectiva de trabajo, y sin que pueda establecerse que en lo dicho o lo pactado en el otrosí del 4 de enero de 2019 se pueda evidenciar que, bajo el principio de la realidad sobre las formas, se dé un tiempo adicional en la antigüedad, pues de la sola lectura del otro sí y atendiendo que este otrosí fue una conquista dentro de la negociación sindical, se debe apegar a lo consignado literalmente dentro de ese otrosí, sin que se le pueda dar unos efectos extensivos al tiempo adicional que se reconoció, ahí de la sola lectura del otrosí aparece que es el tiempo adicional, esto es, desde el 15 de mayo de 2000, únicamente se aplicaría para efectos indemnizatorios si eventualmente existiese un despido sin justa causa, esto es totalmente beneficioso para el trabajador en tanto que ante una eventual indemnización por despido sin justa causa se liquidaría a partir del 15 de mayo del 2000 y no a partir de mayo del 2006 como lo refiere la realidad contractual entre las partes; por ende, tampoco hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales pretendidas, ni le son aplicables los beneficios extralegales al demandante; si bien el a quo ordenó la aplicación de beneficios convencionales que solamente en gracia de discusión se mantenga la declaratoria, debe tenerse en cuenta que la única que está pactada como salarial es la correspondiente a la cláusula 48 y las demás solicitadas dentro de la demanda no son factor

salario por lo que no hay lugar a la reliquidación de las cesantías ni de los aportes condenados en primera instancia ni la prima de servicios, pues solamente se tiene en cuenta este rubro y los demás no, es decir, las demás cláusulas la 51, la 45, la 25, y por ende debe revisarse esta forma de condena solo si en gracia de discusión se mantenga la decisión; en tal sentido, también se debe tener en cuenta que el beneficio de la cláusula de 48 únicamente se paga en el año, es decir, en diciembre de cada año por la vigencia de la convención colectiva de trabajo; en tal sentido dejó expuesto mi recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia…".

8. Recibido el expediente digital, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 5 de junio de 2023; luego, con auto del 13 del mismo mes y año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual ambas partes lo hicieron.

En su escrito, la apoderada de la **demandada** reiteró los argumentos expuestos tanto en su escrito de contestación como en su recurso de apelación; insiste que la relación laboral solo puede darse desde el 1º de junio de 2006; que con anterioridad a esa data no se demostró que el actor prestara sus servicios a favor de Bavaria, ni que esta ejerciera actos de subordinación como tampoco que fuera dicha entidad la que le pagara el salario al demandante; a lo que se suma que no se demostró una indebida intermediación laboral; y por tanto, no le es aplicable el régimen anterior aquí pretendido; por lo que solicita se revoque la sentencia.

Por su parte, la apoderada del **demandante** solicita se confirme la decisión del juez por cuanto en este caso, al estar demostrado que el actor trabajó para la demandada desde 1995, es beneficiario del régimen anterior estipulado en la cláusula 4° de la convención colectiva de trabajo 2019-2021 suscrita entre Bavaria & CIA SCA y las organizaciones sindicales Sinaltrainbec y Utibac.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante la juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: *i)* determinar si entre el demandante y Bavaria & CIA S.C.A. existió un contrato

de trabajo con anterioridad al 1º de junio de 2006 como lo indicó la juez de primera instancia, o si por el contrario, el vínculo laboral se encuentra vigente únicamente a partir de dicha fecha, y, en caso de determinarse que el contrato con Bavaria existe desde antes del 1º de junio de 2006, se debe *ii)* Establecer si el actor es beneficiario de las cláusulas 24, 26, 49, 50 y 51 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre dicha empresa y las organizaciones sindicales SINALTRAINBEC y UTIBAC; y *iii)* Verificar si para la reliquidación de las prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social únicamente deben calcularse con base en la prima de diciembre por ser el único emolumento constitutivo de factor salarial.

La juez de primera instancia, frente a los problemas jurídicos planteados, consideró que el vínculo laboral existente entre las partes intervinientes inició desde el año 1995, como lo acredita el testigo Fermín Díaz, y si bien el actor estuvo vinculado mediante empresas de servicios temporales y cooperativas, conforme a lo narrado por el testigo y en virtud del principio de la primacía sobre la realidad tales vinculaciones, como realizadas en favor de esas temporales y cooperativas, deben desconocerse; a lo que se suma que Bavaria certificó que el actor tenía una antigüedad desde el año 2001; además, señala que el testigo fue claro en manifestar que las herramientas eran proporcionadas por la demandada, por lo que era dable concluir que lo que se dio fue una indebida intermediación laboral por lo que en ese sentido debía declararse la existencia del contrato de trabajo desde el 1º de diciembre de 1995; y, en consecuencia, entender que al actor le es aplicable la convención colectiva suscrita en el 2019, y por tanto, beneficiario del régimen anterior; así las cosas, condenó a la demandada al pago de los beneficios convencionales que aludió en la parte resolutiva de la sentencia, no obstante, no es posible determinar qué beneficios convencionales tuvo en cuenta para reliquidar las prestaciones sociales, pues no hizo mención al respecto, como tampoco allegó la correspondiente liquidación ni explicó la forma como obtuvo los valores por los que emitió condena.

Por su parte, Bavaria insiste que no se acreditó dentro del expediente que el vínculo laboral con el demandante iniciara antes del 1º de junio de 2006 pues solo a partir de esta data se entiende que existe dicho contrato de trabajo entre las partes, el cual es totalmente independiente a cualquier otro que hubiera podido existir con anterioridad; y en ese orden, al no demostrarse que con anterioridad al 22 de octubre de 2004 existiera un contrato a término indefinido con Bavaria, no le era aplicable el régimen anterior conforme lo consagra el acuerdo convencional.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que el demandante ha prestado sus servicios personales en las instalaciones de la demandada desde el 1º de diciembre de 1995, de manera inicial por intermedio de empresas de servicios temporales y precooperativas (pág. 68-70, 83, 90-109 PDF 01); y a partir del 1º de junio de 2006 directamente con Cervecería Leona, hoy Bavaria, y así se advierte en el contrato de trabajo suscrito dicho día y la certificación emitida por la demandada (pág. 75 y 89 PDF 01 y 65-73 PDF 13). Y aunque es cierto que la Sala observa que tal cervecería también contrató al actor de manera directa entre el 7 de mayo de 2001 y el 17 de agosto de 2002 (pág. 73 y 74 PDF 01), al no corresponder a un hecho aceptado por la demandada, será objeto de estudio, como se verá más adelante (pág. 70 PDF 01).

Cabe recordar que en los términos del artículo 23 del CST los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal de unos servicios en favor de otro, remuneración y la continuada subordinación; pero, el artículo 24 de la misma obra, ha dicho que la sola prestación de un servicio personal en favor de otro hace presumir el contrato de trabajo, evento en el cual quien alegue la condición del trabajador solamente le corresponde probar que prestó unos servicios personales en favor de otro, y este a su vez, es decir el presunto empleador, tiene la carga de demostrar que tales servicios fueron realizados de forma independiente o autónoma, para de esta forma poder desvirtuar la anotada presunción.

El caso concreto, además, reviste una particularidad consistente en que debe entrar a dilucidarse el alcance de esa especie de intermediación o tercerización que se desarrolló, según el demandante, entre Bavaria y las compañías que se citan en la demanda, en el sentido de establecer si el contrato de trabajo en este caso se entiende desarrollado con el denominado contratista o con el contratante.

Es pertinente tener presente que en el escenario jurídico colombiano existen algunos eventos en que quienes fungen formalmente como empleadores se consideran empleadores aparentes o intermediarios, como es el caso de las empresas de servicios temporales cuando sobrepasan el tiempo durante el cual pueden suministrar un trabajador a una empresa usuaria, o se invoca un objeto diferente al previsto en la ley; supuesto en el cual la jurisprudencia ha considerado como empleador al usuario, a pesar de que quien le pagaba el salario y aparecía como empleador formal era la E.S.T.; o también el caso de 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. Todos

estos desarrollos jurisprudenciales han sido expresión del principio protector del Derecho del Trabajo.

De otro lado, bueno es precisar que en tratándose del reconocimiento de un contrato de trabajo, a la parte demandante no le corresponde demostrar la subordinación como equívocamente lo considera la apelante, en la medida que según la presunción legal del artículo 24 del CST, solo debe acreditar ante el juez laboral la prestación de sus servicios personales y las condiciones en que se dio.

En el presente caso se tiene que lo primero que debe elucidarse es si el contrato de trabajo suscrito entre el actor y Bavaria & CIA S.C.A. se encontraba vigente con anterioridad al 1º de junio de 2006. Para lo cual, debe decirse que una vez analizadas las pruebas obrantes dentro del expediente, de manera integral como lo establece el artículo 61 del CPTSS, es dable concluir, como bien lo coligió la juez de primera instancia, que el vínculo laboral entre las partes aquí intervinientes inició el 1º de diciembre de 1995, no obstante, considera la Sala que esta primera vinculación se dio solo hasta el 15 de septiembre de 1996, cuando fue contratado en el cargo de supernumerario, y que la nueva contratación laboral surgió a partir del 30 de septiembre de 1996, en el cargo de operario II envasador o embotellador, la que se desarrolló sin solución de continuidad hasta la actualidad o, por lo menos, hasta la fecha de la emisión de la sentencia de primera instancia, y así se desprende del material probatorio como pasa a explicarse.

En primer lugar, el testigo **Lucio Fermín Díaz Arévalo,** quien ha trabajado en Cervecería Leona, hoy Bavaria, desde marzo de 1995, señaló que el actor ingresó a laborar en diciembre de ese año, época en la cual los dos eran supernumerarios, pues según explica, el conducto regular para ingresar a laborar en la cervecería era iniciar como supernumerario a hacer oficios varios, y que posteriormente pasaron a ejercer como operadores en el área de envasado; menciona que ellos inicialmente estuvieron contratados por intermedio de varias empresas de servicios temporales, lo que ocurrió hasta agosto del año 2002, pues a partir de este año los vincularon por intermedio de precooperativas, y solo desde el año 2006 fueron contratados directamente por la Cervecería Leona, y más adelante pasaron a ser trabajadores de Bavaria, no obstante, agrega que dicha labor se ha dado de manera ininterrumpida hasta la actualidad, lo que le consta porque los dos (testigo y actor), desde que ingresaron a trabajar para la cervecería, siempre han estado en la misma área de envasado de la entidad demandada; además, menciona que si bien desde el año 2002 a todos los trabajadores, incluido el actor y tal testigo, les hicieron firmar una nueva contratación por intermedio de precooperativas, donde les decían que iban a ser como dueños de la empresa,

y por tanto, pasaron a usar uniformes de las cooperativas, lo cierto es que tales uniformes se los entregaban en el mismo almacén de la cervecería, a lo que se suma que continuaron utilizando las mismas herramientas, equipos e infraestructura de Cervecería Leona los que ya venía usando desde el inicio de la relación laboral; incluso, menciona que ellos también hacían uso de los beneficios que suministraba Cervecería Leona, dentro de ellos, el casino y la ruta de transporte; agrega que los supervisores e ingenieros quienes les daban las órdenes para la realización de sus funciones y para la asignación de turnos, eran directamente contratados por la cervecería, y lo único que cambió fue la figura de contratación, de EST a precooperativas, luego con Cervecería Leona y finalmente con Bavaria, pues siguieron haciendo las mismas actividades en el mismo salón de envasado de la cervecería y con la misma maquinaria, pues *"todo siguió igual*".

Dice la recurrente que el testigo no podía constarle los hechos atinentes al actor en tanto no hacían la misma labor ni trabajaban en iguales turnos; sin embargo, en este aspecto, si bien el testigo señaló que "*en ese tiempo*" no coincidían siempre en los mismos turnos con el demandante, aclaró que de todas formas ellos se veían porque ambos laboraban en la misma área de envasado y que así ha sido desde que los dos ingresaron a laborar para la cervecería; además, aunque indica que a veces hacían funciones distintas, explica que ello ocurría porque en esa área de envasado o embotellado hay muchos oficios por hacer. Ahora, es verdad que no se hizo mención al nombre de los jefes del demandante, sin embargo, ello ocurrió porque ninguna de las abogadas ni la juez indagó al respecto, no obstante, el testigo fue claro en manifestar que tanto los supervisores como los ingenieros que les daban las órdenes en el área de envasado, hacían parte del personal directo de la Cervecería Leona hoy Bavaria, porque, precisamente, eran los mismos que siempre les dieron las órdenes en sus contrataciones anteriores, por lo en ese aspecto su situación laboral tampoco sufrió variación alguna.

Ahora, el hecho de que el testigo no conociera si las herramientas y los equipos fueron entregados por Leona a las cooperativas y las empresas de servicios temporales mediante algún negocio jurídico, ello no significa que así hubiese ocurrido, y lo cierto es que se trata de una afirmación que Bavaria debió acreditar dentro del plenario en aras de desvirtuar que fuera ella la que en realidad suministró tales elementos a los trabajadores, como en efecto se concluyó.

Además, la Sala no encuentra que el testigo se haya parcializado como lo asegura la recurrente, pues su declaración luce espontánea, congruente y no se observa rastros de dubitación alguna; y aunque es cierto que coincide con la

versión que el demandante dio más adelante, resulta apenas lógico pues según explica el testigo, los dos, tanto él como el actor, siempre han estado en la misma área de envasado, iniciaron como supernumerarios y luego pasaron a ejercer el cargo de operarios, y ambos tuvieron la misma forma de contratación, inicialmente mediante empresas de servicios temporales, luego por intermedio de precooperativas y finalmente fueron contratados directamente por la Cervecería Leona y pasaron en consecuencia a ser trabajadores de Bavaria.

De otro lado, la declaración del testigo coincide en su mayoría con lo que se desprende de las pruebas documentales aportadas al expediente; pues en ellas puede extraerse que el demandante ingresó a prestar sus servicios en Cervecería Leona S.A. el 1º de diciembre de 1995, en el cargo de supernumerario, contratado mediante la empresa Opción Temporal S.A.S., labor que ejerció hasta el 15 de septiembre de 1996 (pág. 83 PDF 01), frente a lo cual, como ya se mencionó, el testigo indicó que ese era el conducto regular para ingresar a laborar en la cervecería, ya que en ese cargo se hacían oficios varios en el área de envasado y luego sí eran contratados como operadores de la misma área.

Igualmente, se observa que a partir del 30 de septiembre de 1996 el demandante fue contratado por intermedio de Expertos Personal Temporal, para ejercer el cargo de operario II embotellado en las instalaciones de Cervecería Leona S.A., labor que ejerció con esa empresa hasta el 15 de abril de 1997 (pág. 68 PDF 01); luego, según se desprende de la historia laboral expedida por Colpensiones, la contratación del actor continuó a partir del día siguiente con Colombiana de Temporales Limitada COLTEM, posteriormente, desde el 1º de abril de 2000 con Opción Temporal, luego del 1º de mayo de 2001 retornó con Colombiana de Temporales Limitada COLTEM, y del 30 de abril de 2002 al 19 de agosto de 2002 con Conempleos Limitada (pág. 90-109 PDF 01); sin embargo, a pesar de que las anteriores empresas aparecen realizando las cotizaciones en pensión a favor del demandante, encuentra la Sala que Bavaria expidió una certificación, el 19 de octubre de 2016, en la que indica que según los archivos y registros de nómina que fueron entregados por Cervecería Leona, el actor laboró para esta entidad entre el 7 de mayo de 2001 y el 17 de agosto de 2002, en el cargo de operario II envasado o embotellado (pág. 73 y 74 PDF 01), circunstancia que no fue advertida por la juez de primera instancia ni puesta de presente por las apoderadas de ambas partes, y permiten entrever sin lugar a dudas, que la contratación realizada mediante empresas de servicios temporales fue simulada, y que en realidad, la que ejerció como verdadera empleadora fue la entidad demandada.

Ahora, se observa que el demandante desde el 18 de agosto de 2002 hasta el 31 de mayo de 2006 estuvo vinculado con la Precooperativa Procesos Eficaces, como lo menciona esta entidad en la certificación que expidió el 13 de junio de ese año (pág. 70 PDF 01), documento en el que advierte que el actor continuó ejerciendo la misma labor de operario II envasado en las instalaciones de Cervecería Leona; luego, y conforme se observa en el contrato de trabajo suscrito entre el actor y esta cervecería y la certificación emitida por Bavaria el 23 de julio de 2021, la relación contractual continuó a partir del 1º de junio de 2006 directamente con Cervecería Leona, hoy Bavaria (pág. 75 y 89 PDF 01 y 65-73 PDF 13). No obstante, la vinculación con la precooperativa y el supuesto inicio de labores con Cervecería Leona, hoy Bavaria, aducidos en estos últimos documentos, corresponde a una información que también se encuentra desvirtuada por la misma demandada, ya que Bavaria expidió otra certificación, el 20 de enero de 2021, en la que señala que la fecha de ingreso del actor es el 18 de agosto de 2002, que el cargo desempeñado era operador y envasador, y deja entrever la continuidad de la vinculación desde esa calenda hasta la fecha de la emisión de ese documento, datos que según menciona, fueron verificados por "*PEOPLE - SERVICE*" (pág. 89 PDF 01), con lo que se ratifica que la relación laboral siempre fue con Bavaria, y que en realidad lo que existió fue una indebida intermediación laboral como lo concluyó la juez de primera instancia, aunque soportada únicamente con el dicho del testigo que declaró en juicio.

Así las cosas, y en atención a las anteriores pruebas, concluye la Sala que entre el demandante y la demandada existieron dos contratos de trabajo, uno, en el que ejerció como supernumerario u oficios varios, del 1º de diciembre de 1995 al 15 de septiembre de 1996; y dos, como operario envasador o embotellador, desde el 30 de septiembre de 1996, el cual se encuentra vigente, siendo claro que esos servicios los ha prestado siempre en las instalaciones de la entidad demandada, sin solución de continuidad, como lo manifestó el testigo. Y si bien reposa dentro del expediente una liquidación que en su momento efectuó Expertos Personal Temporal, en la que liquidó el contrato del actor que existió del 30 de septiembre de 1996 al 15 de abril de 1997, lo cierto es que ello en nada afecta a la conclusión a la que arribó el juzgado pues en este aspecto prima la realidad sobre la formalidad, y de lo que puede extraerse del análisis integral de las pruebas, no solamente con el dicho del testigo, es que esa relación laboral existió en la realidad con Cervecería Leona, hoy Bavaria.

Además, otro elemento trascendental para concluir que el contrato de trabajo que tuvo el demandante con la Cervecería Leona, hoy Bavaria, inició antes del año 2006, e incluso antes de 2004, y no con las empresas de servicios temporales y con la precooperativa, es que el actor y Bavaria suscribieron una

adición al contrato de trabajo el 4 de enero de 2019, en el que esta última reconoció que el trabajador ha venido laborando en Cervecería Leona S.A., sin solución de continuidad, desde el 7 de mayo de 2001 (pág. 75 PDF 01); esto sin dejar de resaltar, como se indicó anteriormente, que la demandada certificó en el año 2016 que el contrato existente entre dicha cervecería y el demandante inició el 7 de mayo de 2001, y si bien menciona que esa relación laboral terminó el 17 de agosto de 2002, más adelante en otra certificación agrega que el actor ingresó el 18 de agosto de 2002, es decir, al día siguiente de la presunta finalización del contrato anterior, siempre en ejercicio del mismo cargo de operario envasador, y que dicho vínculo se mantiene vigente en la actualidad.

Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia han dicho que es perfectamente viable que las empresas contraten con terceros la realización de algunas actividades, sin que sea un poder absoluto, omnímodo ni ilimitado que quede al arbitrio incontrolado del empleador, sin embargo, en el caso bajo estudio, encuentra esta Corporación que lo acordado por las partes en el otrosí suscrito el 4 de enero de 2019, es un elemento probatorio sólido para concluir que el contrato de trabajo que une a las partes es el mismo, por lo menos, desde el 7 de mayo de 2001, tal como lo aceptó la demandada en ese documento, de manera que resulta inexplicable su insistencia ahora en cuanto a que el contrato lo fue solo desde el 1º de junio de 2006, pues basta con hacer una lectura a tal documento para llegar a aquella conclusión, ya que allí se señala de manera clara lo siguiente:

> "***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 7 del mes de mayo de año 2001".*

Por tanto, del anterior documento es claro que la demandada reconoce de manera espontánea un tiempo laborado en Cervecería Leona SA., hoy Bavaria, y de ese enunciado es indiscutible que esta aceptó que el demandante es su trabajador desde la fecha allí indicada, o sea que con ello admitió que la labor que ejecutó a través de terceros lo hizo efectivamente para Cervecería Leona, que era la que fungía como empleadora para esos momentos. De otro lado, no

se encuentra razón para que la aceptación del tiempo laborado tenga efectos únicamente para liquidar la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, pues de ser así, se estaría reconociendo tiempo que presuntamente laboró para un tercero, con todo y se diga que fue por un acuerdo con los sindicatos (como se dice en el recurso), pues si se quería incrementar el valor de la indemnización se pudo haber hecho de alguna otra forma, por ejemplo, aumentando el número de días a tener en cuenta para liquidarla, sin tener que hacer mención a un tiempo laborado. Dicha cláusula cuando acepta un tiempo de servicios continuo del trabajador desde el año 2001, no puede circunscribirse a los efectos que pueda tener en caso de que haya que liquidar una indemnización, sino que tiene consecuencias más allá, como se está haciendo ahora frente al tema de establecer el extremo inicial de la relación, máxime si se tiene en cuenta que es la misma demandada la que certificó en el año 2016, que el actor laboró para la Cervecería Leona, hoy Bavaria, precisamente, desde el 7 de mayo de 2001, y continuó en el mismo cargo y relación laboral con esa cervecería del 18 de agosto de 2002 a la fecha. Además, con las demás pruebas recaudadas, a las que antes se hizo alusión, puede concluirse de manera razonada que el contrato de trabajo del demandante, como operador envasador, se ha ejecutado sin solución de continuidad desde mucho tiempo antes, se reitera, desde el 30 de septiembre de 1996.

Ahora, es de aclarar que una de las pretensiones de esta demanda es justamente que se tenga el tiempo aparentemente laborado 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 Bavaria hizo en los referidos documentos, en ese entonces Cervecería Leona, por lo que es la verdadera empleadora del actor, sin perder de vista que conforme 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 además no fue objeto de controversia entre las partes; por tanto, en los términos del artículo 172 del Código de Comercio, Bavaria en este caso 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.

Conforme lo anterior, no se encuentran argumentos válidos para tener como extremo inicial del vínculo laboral el 1º de junio de 2006, como lo pretende la demandada; y conforme las pruebas antes reseñadas, es dable concluir que la vinculación a través de un tercero tenía como finalidad ocultar un verdadero

vínculo laboral. Por tanto, con base en las pruebas, es suficiente para concluir que entre las partes existieron dos contratos, uno, del 1º de diciembre de 1995 al 15 de septiembre de 1996; y otro, desde el 30 de septiembre de 1996, el cual se encuentra vigente, por lo que en ese sentido se modificará la decisión de la juez de primera instancia en este aspecto.

De otra parte, aunque en el citado otrosí se excluyen los demás derechos que se pudieran derivar del vínculo laboral, pues solo se reconoce el tiempo de trabajo para el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, se debe acudir a lo señalado en el artículo 43 del CST frente a las cláusulas ineficaces, que preceptúa: *"En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente",* por tanto, al ser claro que la demandada reconoció que existió un vínculo laboral con el actor desde el 7 de mayo de 2001, no se podrían excluir los demás derechos que nacen a favor del actor, por tanto, al señalar que únicamente tendrá efectos para la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa, se torna ineficaz en ese aspecto, y no puede este Tribunal darle esos efectos a dicha cláusula.

Aclarado lo anterior, pasa la Sala a estudiar si el demandante es beneficiario de las cláusulas 24, 25, 48, 49, 50 y 51 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Bavaria y los sindicatos SINALTRAINBEC y UTIBAC, para lo cual, se trae a colación lo acordado en la cláusula 4ª del acuerdo convencional, que señala, *"**Alcance y Campo de Aplicación: Régimen Anterior:** El Régimen Anterior de la presente convención Colectiva, en la extensión y términos estipulados, será aplicable a los trabajadores con contrato a término indefinido de BAVARIA y Cervecería de Barranquilla, afiliados o que se afilien a LOS SINDICATOS posteriormente, siempre y cuando la vinculación a término indefinido se haya producido antes del veintidós (22) de octubre de dos mil cuatro (2004). Se exceptúan las cláusulas de aplicación exclusiva a los trabajadores del Régimen Nuevo, esto es la Clausula 52ª literales a, b, c, y d.* ***Régimen Nuevo:** Los trabajadores cuya vinculación a término indefinido que se efectúe después del veintidós (22) de octubre de dos mil cuatro (2004), en cualquier actividad y se afilien posteriormente a LOS SINDICATOS, serán amparados por todas sus cláusulas a partir del primero (1) de septiembre del 2019, con excepción de las siguientes: 24ª, 25ª, 41ª, 42ª, 48ª, 49ª, 50ª, 51ª, 56ª, y 57ª."*

Entonces, es claro que conforme lo señalado en la cláusula 4ª del acuerdo convencional, con vigencia 2019-2021, para pertenecer al régimen anterior, al que afirma pertenecer el demandante, se deben cumplir dos requisitos, el

primero, estar afiliado a los sindicatos, y el segundo, haberse vinculado con Bavaria & CIA S.C.A. con anterioridad al 22 de octubre de 2004, mediante un contrato a término indefinido, cumpliendo el demandante ambos presupuestos, pues no es objeto de discusión que el demandante se encuentra afiliado al sindicato Utibac desde el 22 de septiembre de 2012, conforme se constata con la certificación expedida por el presidente de dicha organización sindical (pág. 110 PDF 01), y lo acepta la demandada al contestar la demanda; y frente al otro requisito, como ya se indicó, es dable entender, para efectos de la cláusula convencional, que el demandante se encuentra vinculado con la empresa demandada desde el 30 de septiembre de 1996 mediante un contrato de trabajo a término indefinido; por tanto no hay duda que el actor es beneficiario del régimen anterior y con ello, de lo indicado en las cláusulas 24, 25, 48, 49, 50 y 51, pues su aplicación se exceptúa solo para el régimen nuevo, por tanto, no queda más camino que confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

Ahora, en cuanto al tema de la reliquidación de las cesantías, primas de servicios y cotizaciones a seguridad social, la apoderada en su recurso insiste que se debe realizar únicamente con base en la prima de diciembre consagrada en la cláusula 48 de la convención colectiva, por ser este el único beneficio con carácter salarial; sin embargo, en este aspecto, la Sala ha reiterado que además del beneficio consagrado en esa cláusula, también constituye factor salarial el trabajo suplementario, ya que, 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 liquidar las referidas acreencias, y así lo dejó sentado esta Sala en sentencia emitida el 8 de noviembre de 2023, dentro del proceso laboral radicado 25899-31-05-002-**2021-00115**-01, en la que aclaró que "*tal trabajo suplementario y recargos nocturnos constituyen factor salarial y por esa precisa razón deben tenerse en cuenta para la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y cotizaciones a seguridad social*", criterio que ha sido reiterado en la sentencias proferidas en los procesos 25899-31-05-002-**2021-00220**-01 y 25899-31-05-002-**2021-00148**-01, del 22 y 29 de noviembre de 2023.

Además, y frente a los aportes a la seguridad social, no puede pasarse por alto que el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, consagra la obligatoriedad del

empleador de realizar las cotizaciones a pensión con base en el salario percibido por el trabajador, por tanto, como quiera que en la convención colectiva de trabajo estableció que la prima de diciembre constituiría factor salarial, es dable entenderla como salario, máxime cuando en la citada cláusula se estableció que tendría carácter salarial no solo para la liquidación de las prestaciones sociales sino también, para la "*pensión de jubilación*", y como dicha convención no consagra alguna pensión de jubilación, puede colegirse que en realidad hace referencia a los respectivos aportes pensionales.

Sin embargo, como antes se puso de presente, la juez de primera instancia en su sentencia no indicó qué beneficios convencionales tuvo en cuenta para reliquidar las prestaciones sociales del demandante, como tampoco allegó la correspondiente liquidación ni explicó la forma como obtuvo los valores por los cuales emitió condena; sin embargo, esta Sala al realizar las operaciones aritméticas del caso, tomando como base los valores por los cuales condenó por concepto de recargo nocturno, prima de diciembre y reliquidación por cesantías y primas de servicios, los que dicho sea de paso no fueron objeto de inconformidad, pudo establecer que la juez para esa liquidación únicamente tomó como base el valor promedio del recargo nocturno, que es procedente como antes se aclaró; y por tanto, ni siquiera le dio factor salarial a la prima de diciembre consagrada en la cláusula 48 de la convención colectiva de trabajo, la que indica de manera textual que dicha "*prima es constitutiva de salario para efectos de la liquidación de cesantías, prima legal de servicios y pensión de jubilación*" (pág. 139 PDF 01). En consecuencia, tampoco hay lugar a modificar la decisión de la juez, ni siquiera para incluir este rubro como factor salarial, pues sabido es que no se puede afectar la condición del único apelante.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demanda Bavaria.

Costas a cargo de la demandada por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma de $2.600.000.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 25 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de JAVIER ENRIQUE LARGO POVEDA contra BAVARIA y CIA S.C.A., en cuanto al extremo inicial de

la relación laboral, para en su lugar, tener que el último contrato del actor, en el que ha ejercido el cargo de operador II envasador, inició el 30 de septiembre de 1996, el cual se encuentra vigente, de acuerdo con el la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Costas a cargo de la demandada por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma de $2.600.000.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

(Con permiso legalmente concedido)
JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria