

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DARÍO FRANCISCO CUBIDES CADENA CONTRA BAVARIA & CIA S.C.A. Radicación No. 25899-31-05-002-**2022-00120**-02.

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo 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 el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2023 por el Juzgado Segundo 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 vigente desde el 13 de marzo de 1995; que es beneficiario de las cláusulas 24, 25, 48, 49, 50 y 51 de la Convención Colectiva *“aplicable a los trabajadores del régimen anterior establecido en la Cláusula 4 del mismo documento”*, y al ser tales derechos constitutivos de salario, se ordene la reliquidación de sus acreencias laborales desde el 13 de marzo de 1995; se declare que tiene derecho a recibir los beneficios allí consagrados. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada 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 y vacaciones; 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 02).

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que ingresó a laborar en Bavaria & CIA S.C.A. el 13 de marzo de 1995 por intermedio de las siguientes empresas: a) De marzo de 1995 al 29 de febrero de 1996 con la empresa Opción Temporal y Cía; b) Del 1º de marzo de 1996 al 31 de enero de 1998 con Sistemas Temporales; c) Del 1º de febrero de 1998 al 31 de julio de 2000, con Coltempora; d) Del 1º de agosto de 2000 al 30 de abril de 2001, con Conempleos LTDA; 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 LTDA; g) Del 1º de septiembre de 2002 al 31 de mayo de 2006 con la Precooperativa de Trabajo Asociado; y h) Desde 1º de junio de 2006 hasta la fecha de 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 envasador de cerveza y sifón, y su salario es la suma de \$4.000.000; de otro lado, señala que se afilió al sindicato Sinaltrainbec, que el 25 de octubre de 2019 entre dicha organización sindical 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.
- 3.** La demanda se presentó el 19 de abril de 2022, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca (PDF 01), siendo admitida mediante auto del 12 de mayo del mismo año (PDF 04). La notificación se surtió mediante correo electrónico, el 18 de mayo de 2022 (PDF 05).
- 4.** La demandada Bavaria S.A. dio contestación el 6 de junio de 2022, con oposición a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la suscripción de la convención colectiva entre Bavaria y el sindicato Sinaltrainbec, el contenido de la convención, y que el demandante

es afiliado a dicho sindicato; respecto a los demás hechos, manifestó que el demandante empezó a prestar servicios para Bavaria desde el 1º de septiembre de 2007, y si bien una vez se revisaron los archivos laborales *“remitidos a Bavaria en virtud de la sustitución patronal (contratos de trabajo de Cervecería Leona vigentes al 31 de agosto de 2007) observamos que el demandante celebró un contrato de trabajo con vigencia a partir del 1.º de junio de 2006”*, 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 antes de la fecha referida 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 denominadas: inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa, pago de obligaciones, cobro de lo no debido por inexistencia, indebida interpretación y aplicación de las normas convencionales, ausencia de mala fe, prescripción, compensación, buena fe, improcedencia de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la genérica (PDF 06).

5. Mediante auto del 23 de junio de 2022, el juzgado de conocimiento tuvo por notificada la demandada por conducta concluyente, dio por contestada la demanda, y fijó el 12 de octubre de 2022 para audiencia del artículo 77 del CPTSS (PDF 07), la que se reprogramó para el 9 de noviembre de 2022 (PDF 09), fecha en la que se realizó, y en la misma, el juez con base en el artículo 53 del CPTSS, negó los testimonios de los señores José Hernando Otálora, Sergio Hernando Villalobos Rubio e Isabel Cristina Bedoya Marín (PDF 12), decisión que fue objeto de recurso de reposición y en subsidio de apelación por la apoderada de la demandada, y este Tribunal en providencia del 20 de enero de 2023, la revocó parcialmente *“en cuanto negó el decreto del testimonio del señor José Hernando Otalora, en su lugar, se ordena al a quo proceder a su decreto”*.
6. En audiencia de trámite y juzgamiento de fecha 24 de mayo de 2023, el juez obedeció y cumplió lo aquí resuelto y en ese sentido decretó el citado testimonio, no obstante, la demandada desistió de esa prueba y a su vez la parte demandante desistió del interrogatorio del representante legal de Bavaria, lo que fue aceptado por el a quo, seguidamente se recibió la declaración del actor y los testimonios de los señores Fernando Sarmiento y Douglas David Chamorro, se cerró el debate probatorio, se escucharon los alegatos de conclusión y se fijó el 27 de julio siguiente (PDF 18).
7. El Juez Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, en sentencia proferida el 27 de julio de 2023, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes intervinientes desde el 14 de mayo de 2001, y que el actor es

beneficiario del régimen anterior estipulado en la cláusula 4ª de la convención colectiva de trabajo 2019-2021 suscrita entre Bavaria & CIA SCA y los sindicatos Sinaltrainbec y Utibac; 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: "a) \$4.661.079,25 por concepto del saldo de la remuneración especial y recargo por trabajo nocturno y suplementario (cláusula 24)", "b) \$3.432.958 por concepto del saldo del valor de los trabajos en domingos y feriados (cláusula 25)", "c) \$7.064.586,67 por concepto de la prima de diciembre de 2019 y 2020 (cláusula 48)", "d) \$1.589.532 por concepto de prima de pascua de 2020 (cláusula 49)", "e) \$1.059.688 por concepto de prima de junio de 2020 (cláusula 50)", "f) \$1.589.532 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", así como 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 \$451.870 (cláusula 24), el valor del trabajo dominical y feriado \$396.652 (cláusula 25) y prima de diciembre 441.536 (cláusula 48), para 2020", de la "compensación de las vacaciones, con inclusión del promedio mensual de la prima de diciembre de \$441.536 (cláusula 48), para 2020", y 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 (cláusula 25) 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", e igualmente condenó al reajuste de "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 (cláusula 25) 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" y a pagar "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" y las costas del proceso, tasando las agencias en derecho en la suma equivalente a 1 SMLMV; declaró probadas las excepciones «Improcedencia de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990» y «buena fe» y parcialmente probada la de compensación; finalmente, absolvió de las demás pretensiones (PDF 23).

8. Contra a la anterior decisión el apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoquen las condenas impuestas por el juez por las siguientes razones: "contrario a lo aducido por el a quo el demandante únicamente prestó servicios personales para mi representada a partir del 31 de agosto del año 2007 con ocasión a la fusión por absorción que se dio entre la sociedad Cervecería Leona S.A. y Bavaria, esto a partir del 31 de agosto del año 2007 según se observa

en el certificado de existencia y representación legal de mi representada; en segundo lugar se acreditó que a la fecha a la cual inició el vínculo laboral que actúa el demandante y la Cervecería Leona S.A. correspondencia al 1º de junio del año 2006, vínculo que fue totalmente nuevo e independiente de cualquier otro que hubiera existido o podido existir con anterioridad, el a quo en desconocimiento de la legislación colombiana y en específico de la laboral, declaró sin fundamento alguno que el demandante era trabajador de mi representada desde el 14 de mayo del año 2001, desconociendo que 1º de junio de 2006 el demandante siendo mayor de edad decidió de manera libre, consciente y voluntaria en pleno uso de sus facultades, suscribir un contrato de trabajo con Cervecería Leona S.A., tal como lo permite la legislación laboral colombiana, dos, la fecha de inicio de labores del demandante para Cervecería Leona S.A. fue a partir del 1º de junio del año 2006, y solo hasta esa fecha fue que el demandante tuvo un contrato de trabajo a término indefinido tal como se desprende de la cláusula 23 de dicho acuerdo, el demandante únicamente fue parte de la nómina de trabajadores de mi representada, esto es Bavaria, e inició a prestar servicio como tal a Bavaria con ocasión a sucesión patronal que ocurrió pues producto de la fusión por absorción de Cervecería Leona S.A., tal como lo prevé los artículos 67, 68 y 69 del CST, ello se debió a que esa fecha se realizó una fusión por absorción entre Cervecería Leona S.A. y Bavaria y que quedó registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo número 1154748 del libro noveno de la escritura pública del 30 de agosto de 2006, firmada en la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá, mediante la cual se oficializó la adquisición por parte de Bavaria de los activos y pasivos de la Cervecería Leona S.A., constatado en sus libros, con anterioridad a ese evento el demandante no había prestado servicio a mi representada de forma directa ni por intermedio de una sociedad, se enfatiza para el tribunal, esos servicios según lo manifestado por la demanda fueron prestados supuestamente una persona jurídica totalmente diferente a mi representada que no se puede asimilar sino a partir del proceso de fusión por absorción a lo que viene surtiendo efectos a futuro, salvo las particularidades que dicta el Código Sustantivo del Trabajo, pues en los efectos de la sustitución patronal, así las cosas, Cervecería Leona S.A. es una persona jurídica totalmente diferente e independiente a Bavaria hasta que tuvo que ofrecer adquisición de su patrimonio mediante la fusión por absorción, en ese momento Cervecería Leona S.A. desapareció como persona jurídica independiente, no obstante la fusión por absorción no implica que dicha sociedad y Bavaria se tornada en una sola con anterioridad a la protocolización de la escritura pública por la cual se cumplió dicho acuerdo, como nuevamente se pretende hacer ver en este proceso, pues al análisis que le imparte el a quo al otro sí que fue firmado por las partes que vale resaltar fue en virtud de un proceso de negociación que tiene sus particularidades y que de acuerdo con la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, para efecto de la interpretación de la convención colectiva o en sí de los acuerdos que se firmen en una negociación que combina (sic) a la convención colectiva pues ha previsto que como es un estatuto normativo cuya creación es la voluntad de las partes, al momento de ser interpretado se tiene que tomar las reglas de la sana crítica y obviamente enfatizado a cuál era la intención de las partes, claramente la intención en este caso para la celebración del otro sí como lo prevén las diferentes documentales que fueron valoradas por el despacho de primera instancia, era que se reconociera para efectos indemnizatorios solamente una fórmula de carácter especial, la cual fue planteada tanto por la organización sindical y contra propuesta por mi representada, lo que conllevó al otro sí que fue después que cuyo efecto fue después

comunicado también a la organización sindical en cumplimiento de los acuerdos colectivos; así las cosas, continuando, tenemos que la fusión por absorción consiste en aquel proceso mediante el cual una o más sociedades se disuelven sin liquidarse para hacer absorbidas por otra o crear una nueva tal como lo prevé el artículo 172 del C.Co; así las cosas, tenemos que la fusión implica la transición del patrimonio de la sociedad adquirida en favor del absorbente que conlleva a su extinción y con ello la sucesión universal a favor de la absorbente de todas las obligaciones, derechos reales, derechos sobre bienes, etcétera, entre otros, en ese bloque patrimonial que constituye una unidad jurídica, no es la continuación de Cervecería Leona S.A. en cuerpo ajeno, y menos entre Cervecería Leona S.A. y Bavaria, y menos que Bavaria se tornara en una sola persona jurídica con la anterior al 31 de agosto de 2007 como contrariamente se quiere hacer ver en este caso, en cuanto el demandante, a favor de él operó fue una sustitución patronal entre su antiguo empleador y mi representada, situación que conforme el artículo 68 del CST, mantiene vigente el contrato de trabajo que tenía con su antiguo empleador, sobre particular en la revisión de los archivos laborales remitidos por Cervecería Leona S.A. en virtud de la sustitución patronal, se tiene que el demandante celebró un contrato de trabajo con Cervecería Leona S.A. con vigencia a partir del 1º de junio del año 2006 y no con anterioridad, y que en su cláusula 23 contenía la siguiente inscripción, la cual me permito citar para efectos del recurso ante el tribunal, vigencia de efectividad de la relación, el trabajador expresamente, sin presiones de ninguna clase y en consecuencia en pleno uso de sus facultades, declara que la relación laboral que comienza con este contrato es nueva e independiente de cualquier otra que hubiera podido existir con anterioridad, sea cual fuere su naturaleza y denominación, razón por la cual no se pueden agregar relaciones con terceros nacidas de contrato de servicios firmados por la empresa con dichos terceros, como tampoco que las relaciones laborales que con anterioridad hubiera existido entre las partes respecto de las cuales existe una clara e evidente solución de continuidad que impiden que sea adicionadas a la que regula el presente contrato”; en la citada cláusula las partes ratificaron que esa relación laboral era nueva e independiente de cualquier otra que hubiera podido existir con anterioridad sea cual fuere su naturaleza o denominación o si hubiera sido por intermedio de un tercero, Bavaria con el proceso propio de la fusión no puede reconocer relaciones laborales a nombre de Cervecería Leona S.A. diferentes a lo que esa compañía aceptó cuando existía, ello se debe a que esta situación implica una sucesión patrimonial de una persona fusionada a favor de su absorbente, más no que Cervecería Leona S.A. a partir del 31 de agosto de 2007, vive en cuerpo ajeno como si pudiera seguir haciendo actos jurídicos, además, porque tal como lo prevé el artículo 179 del C.Co. la posibilidad de los representantes legales de Bavaria en actuar en nombre de Cervecería Leona S.A. solo es válida hasta la ejecución total de los bienes de la operación, esto es, hasta el perfeccionamiento de la fusión por absorción, el 31 de agosto el año 2007, y sus responsabilidades solo son propias de un liquidador prevista en el artículo 308 de la misma normatividad antes mencionada; por lo cual es pertinente advertir y llamar la atención al honorable despacho que en virtud de la sustitución patronal que operó entre Cervecería Leona S.A. y Bavaria, no es posible afirmar que los trabajadores que venían con Cervecería Leona S.A. deban entenderse como trabajadores de Bavaria desde antes de que se diera la fusión, o que estos hayan tenido un único empleador, al contrario, la sustitución patronal tiene como objeto que el nuevo trabajador (sic) respete los derechos y garantías de los que eran trabajadores del antiguo empleador, esto es, para el presente caso pues el momento en que el

demandante firmó su contrato de trabajo con Cervecería Leona S.A., esto es, el 1º de junio del año 2006, de esta forma, el alcance de la sustitución patronal significa que tal y como lo establece el artículo 69 del CST, numeral segundo, el nuevo empleador solo responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la fusión, y en efecto desde que Bavaria asumió al demandante como trabajador ha garantizado todos sus derechos y reconocido todas las acreencias que legalmente le correspondieron; así las cosas, el a quo desconoció los artículos del 67 al 70 del CST, donde se regula la referente a las implicaciones y derechos que se dan en virtud de la sustitución patronal, en virtud de dicha sustitución patronal que operó entre Cervecería Leona S.A. y Bavaria no es posible afirmar que los trabajadores que venían con la primera sociedad deban entenderse como trabajadores de Bavaria desde antes en que se diera la fusión, o que estos hayan tenido un único empleador, al contrario, la sustitución patronal tiene como objetivo que el nuevo empleador respete derechos y garantías de los que eran acreedores los trabajadores frente a su antiguo empleador, así las cosas, lo cierto es que Cervecería Leona S.A. era una persona jurídica totalmente diferente e independiente a mi representada, con su propio régimen transicional (sic) para sus empleados, el cual era muy independiente a Bavaria y que con ocasión a la sustitución patronal de 31 de agosto de 2007 fue respetado por la compañía, ello implica que el actor siempre fue beneficiario del régimen prestacional previsto para Cervecería Leona S.A. quien era su verdadera y única empleadora a partir del primero de junio del año 2006, así las cosas, si en gracia de discusión y sin que se desconozcan los derechos, se llegara a declarar la existencia de un contrato realidad entre el demandante y Cervecería Leona S.A. desde antes de que se diera la fusión por absorción con mi representada, ello no implica per se que el demandante deba tomarse como trabajador de Bavaria desde esa fecha, máxime cuando los mismos dichos de los testigos y la confesión del demandante, mi representada no tuvo injerencia alguna en cualquier vínculo que tuvo el demandante como otras sociedades o incluso con la misma Cervecería Leona S.A. sino que únicamente este fue parte de la nómina de Bavaria a partir del momento que se completó el proceso de fusión por absorción tal como lo confesó, se insiste, tanto demandante como sus testigos, en ese sentido, fue contrario a derecho como lo hizo el a quo declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y mi representada desde el 14 de mayo del año 2001, o desde antes del primero de junio del año 2006, lo anterior porque no se logró acreditar que el demandante haya sido parte de la nómina de trabajadores de mi representada mucho antes de la fecha descritas por el despacho dentro del proceso de fusión por absorción que se dio se enfatiza, a partir del 31 de agosto de 2007, siendo a partir de este momento que el demandante viene a ser trabajador de la compañía, a prestar servicios pues como lo prevén los artículos 23 y 24 del CST, de esta manera el honorable juez desconoce que no pueden los trabajadores de Leona S.A. venir a beneficiarse de unas prerrogativas que están establecidas únicamente para trabajadores que se encontraban vinculados directamente con Bavaria antes del 22 de octubre del año 2004; así pues, no se tuvo en cuenta que como quedó claramente acreditado en el interrogatorio de parte, que la representante legal de Bavaria que el régimen anterior solo existió en Bavaria y nunca en Cervecería Leona S.A., precisamente surgió para confiar (sic) únicamente a los trabajadores que hubieran estado vinculados con la primera, Bavaria, mediante un contrato a término indefinido antes del 22 de octubre de 2004, así las cosas, se aclara que en Bavaria existía un sindicato de empresa, denominado Sindicato de Trabajadores S.A. que se disolvió en el año 2004, con miras a mejorar las condiciones de los

trabajadores que antes eran afiliados a dicha organización y consecuentemente de las prestaciones extralegales contempladas en los acuerdos colectivos que se celebraban con dicha organización sindical, Bavaria en el pacto colectivo del año 2004 distinguió que en el ámbito de aplicación de aquellos trabajadores de Bavaria que hubieran estado vinculados mediante contrato indefinido con anterioridad al 22 de octubre de 2004, que tendrían unas prerrogativas adicionales a los trabajadores que hubiera ingresado con posterioridad a fecha o que estuviera vinculado mediante un contrato termino fijo, cuando después de varios años volvieron a hacer presencia en la compañía las organizaciones sindicales se adoptó la misma distinción en las convenciones colectivas, como es el caso de la suscrita entre Bavaria y los sindicatos Sinaltrainbec y Utibac pero se itera, para seguir garantizando los derechos de los trabajadores que estuvieron vinculados antes de 2004, antes del 22 de octubre de 2004, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, atendiendo pues la particular señalada del relacionamiento sindical que hubo en Bavaria, que es totalmente diferente a las relaciones laborales o situaciones que concertaron durante la existencia de lo que era Cervecería Leona S.A. como una persona jurídica totalmente diferente e independiente, por lo anterior, tenemos que la cláusula de alcance y campo de aplicación definido en la convención colectiva de trabajo que independientemente de la organización sindical firmante, tiene un trasfondo particular, esto es, garantizar expectativas legítimas de empleados que son favorecidas de beneficios especiales de la convención colectiva de trabajo de Sinaltrabavaria pero cuya continuidad se vio en peligro con la desaparición de dicha organización sindical, situación que es muy diferente a lo que ocurre en el presente caso como se mencionó anteriormente, como consecuencia de los anterior, es claro que el demandante no es beneficiario del régimen anterior previsto en la cláusula 4ª de la convención colectiva de trabajo que mi representada suscribió con las organizaciones Sinaltrainbec y Utibac, lo anterior porque la parte actora no logró acreditar que cumple alguno de los supuestos de hecho y derecho por dicha cláusula para poder afirmar que al demandante debe aplicarse en régimen anterior, siendo claro que el demandante no estuvo vinculado con Bavaria con un contrato de trabajo a término indefinido con anterioridad al 22 de octubre de 2004; además, el reconocer que el demandante como lo hace el a quo es beneficiarlo de una prerrogativa que estableció Bavaria con anterioridad a la fusión que se dio entre Cervecería Leona S.A. y esta, constituye un acto contrario a derecho, el despacho interpreta erróneamente la cláusula de mención toda vez que dicha cláusula establece dos requisitos, el primero relacionado con la vinculación a Bavaria con antigüedad al 22 octubre de 2004, y el segundo, en lo que dicha vinculación haya sido a término indefinido, lo que no se acredita en el presente caso; asimismo, se tiene que el juez interpretó erróneamente el contrato de trabajo suscrito entre Cervecería Leona S.A. y el demandante el 1º de junio de 2006, así como el otro sí de dicho contrato que suscribió mi representada con el demandante el 08 de agosto de 2019, pues de haber interpretado dichos documentos conforme a derecho, el juzgado se hubiera percatado de que el demandante no acreditó que hubiera prestado sus servicios de manera interrumpida para las sociedades que a la luz, que presuntamente prestó los servicios con anterioridad a su vinculación, y que este periodo hubiera sido también en favor de Cervecería Leona S.A., por el contrario, al analizar la copia del contrato de trabajo suscrito entre el demandante y Cervecería Leona S.A. es claro que el vínculo iniciado el 1º de junio de 2006 era totalmente nuevo e independiente de cualquier otro como se estableció expresamente en la cláusula 23ª de dicho documento, el demandante aceptó de manera libre y consciente y voluntaria que el contenido de

dicho, que el contrato de trabajo que suscribió con Cervecería Leona S.A. donde se indicó que la fecha de inicio de labores del demandante era el 01 de junio de 2006, dicho de otra manera, al acreditarse en el objeto y la causa de dichos documentos y al no acreditarse la existencia de vicios de consentimiento establecido en el artículo 1508 del Código Civil, se ratifica la validez y legalidad de las cláusulas contenidas en mención, contrato de trabajo, entre el demandante y Cervecería Leona S.A.; ahora bien, también se desvirtuó la afirmación temeraria de que Bavaria hubiera reconocido al demandante que era beneficiario del régimen anterior o que a través del otro sí suscrito entre las partes mi representada hubiera reconocido que el demandante estuvo vinculado desde el 14 de mayo del año 2001, al contrario, en virtud de la confesión del mismo demandante quedó plenamente demostrado que la compañía suscribió el otro sí en virtud de un acuerdo extraconvencional de un proceso derivado de un proceso de negociación con las organizaciones Sinaltrainbec y Utibac, y con ocasión a la imposición de estos para continuar con dicho proceso de negociación, de esta manera la compañía suscribió el otro sí con el demandante de buena fe con miras a cumplir lo acordado con los sindicatos y con ánimo de reconocerle un beneficio adicional al demandante al incrementar el valor de una eventual indemnización en caso de un despido sin causa, que lo hubiera correspondido un derecho, pero en ningún momento se reconoció que el demandante fuera trabajador de mi representada desde el 14 de mayo 2001 y mucho menos que esa inexistente vinculación se hubiera dado a través de un contrato de trabajo a término indefinido, máxime, cuando se itera, que Bavaria por los mismos alcances societarios de la figura de fusión por absorción no podía conceder derechos laborales a nombre de Cervecería Leona S.A. diferentes a lo que esta compañía aceptó cuando existía en la vida jurídica, consecuentemente, el juez omitió interpretar gramaticalmente los actos jurídicos de acuerdo con la ley pues ha de ejecutarse (sic) que entre los artículos 27 y 28 del Código Civil, la primera interpretación que debe hacerse sobre los actos jurídicos es la interpretación literal, siendo claro que el presente caso en el alcance del otro sí se indicó de manera expresa por las partes que se reconocería el periodo al trabajador exclusivamente para efectos de liquidar si llegara a cumplir, la indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, con lo cual se advierte que Bavaria en ningún momento está desmejorando al demandante si este no era beneficiario del régimen anterior sino que él desde que entró a trabajar para mí representada a partir del proceso de fusión por absorción ha sido acreedor de una prestación legal y extralegal sin que este pueda pretender ser acreedor de unos beneficios que no le aplicaban; además, con el otro sí lo que intentó la compañía fue darle un beneficio adicional en cuanto a la liquidación de una eventual indemnización por despido sin justa causa frente a la que le podría corresponder en cuanto al Código Sustantivo de Trabajo; así mismo, se advierte que en todo caso, se incurrió en 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 debe ser tenida en cuenta para liquidar las cesantías, primas y pensión de jubilación y debía ser promediada al momento de calcular las condenas impuestas por el despacho a sabiendas que la misma cláusula 48 establece que únicamente se causa el 5 de diciembre de cada año, y por lo mismo, solo para ese mes tiene incidencia salarial en los 3 conceptos mencionados, pues, en las condenas ya impuestas; y asimismo la prestación en cuestión no se causó en el año 2021, ya que se itera, la vigencia de esta convencional solo se extendió hasta el 31 de agosto del año 2021; además se advierte que

ni la cláusula 24 ni la cláusula 25 son constitutivos de salario por lo cual se erró al tenerlas en cuenta para liquidar cesantías, interés de las cesantías, primas de servicios, reliquidación de vacaciones y aportes a la seguridad social; esta es la interpretación que le ha dado la honorable Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Judicial de Cundinamarca, en procesos similares al que nos ocupa como el caso del señor Gustavo Benito Romero contra Bavaria, cuyo radicado es 25899310500220210030201, además se advierte que para el momento que se contestó la demanda la convención colectiva con vigencia 2019-2021 seguía vigente y no se había suscrito la vigente para el periodo del 01 de septiembre de 2021 al 31 de agosto del año 2023, pero eso no implica que la de 2019 siga vigente, y ello fue desconocido por el honorable despacho quien por el contrario le dio un efecto ultractivo al texto convencional en mención; por lo mismo se reitera que como se acreditó a lo largo del presente proceso Bavaria no ha desconocido al demandante su derecho a la igualdad pues todas las actuaciones están extendidas por la buena fe en total apego de la legislación laboral colombiana y de la convención colectiva de trabajo y a las condiciones particulares y objetivas de cada relación existente con sus trabajadores; la parte demandante no aportó ninguna prueba que permita incluir que exista un trato diferencial injustificado entre las partes, en ese orden de ideas es claro que mi representada siempre ha actuado de buena fe y que las pretensiones incoadas son totalmente improcedentes y temerarias, debiendo ser Bavaria absuelta de todas y cada una de ellas, conforme a lo ya dispuesto; en los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación”

9. 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 **demandada** reiteró los argumentos expuestos tanto en su escrito de contestación como en su recurso de apelación; insiste que el actor empezó a prestar servicios a Bavaria únicamente desde el 31 de agosto de 2007, y que la relación laboral solo puede darse desde el 1º de junio de 2006 por ser la fecha en la que el actor suscribió contrato con Cervecería Leona; reitera 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; 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 revoque la decisión del juez en tanto consideró que el contrato de trabajo del demandante inició tan solo desde el 2001, por cuanto en este caso, con base en las pruebas recaudadas, el actor trabajó para la demandada desde el 13 de marzo de 1995; de otro lado, solicita se confirme en lo demás la sentencia de primera instancia.

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.

En ese sentido, esta Sala no hará pronunciamiento alguno frente a los puntos expuestos por la parte demandante en sus alegatos de conclusión, relacionados con el extremo inicial de la relación laboral existente con Bavaria, dado que tal tema no fue ventilado mediante recurso de apelación una vez le fue notificada la sentencia de primera instancia, única oportunidad señalada en la ley laboral para que se manifiesten y delimiten los puntos objeto de inconformidad. Pues bien, una vez escuchada la intervención de la apoderada en la audiencia en que se profirió el fallo, se limitó a manifestar que *“en la oportunidad procesal no tengo recursos para interponer, gracias”*, por lo que, en ese sentido, no interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y, por tanto, no puede la Sala entrar a analizar las inconformidades planteadas en sus alegatos de conclusión.

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 el único emolumento constitutivo de factor salarial es la prima de diciembre, si el mismo no debió ordenarse para el año 2021, y si solo puede tenerse en cuenta para reliquidar *“cesantías, primas y pensión de jubilación”*.

El juez de primera instancia, frente a los problemas jurídicos planteados, consideró que el vínculo laboral existente entre las partes intervinientes inició desde el 14 de mayo de 2001, como se acredita con el otro sí suscrito por Bavaria, máxime cuando los testigos no dieron información acerca de la prestación de servicios en fecha anterior, a lo que se suma que tal documento debe tenerse como un reconocimiento de la antigüedad laboral del actor como lo ha señalado esta Corporación en sentencia proferida en el proceso 2021-

216; además, señaló que al estar demostrada la sustitución patronal que se configuró entre Cervecería Leona y Bavaria, se entiende que no se modificaron ni extinguieron los contratos de trabajo existentes para el momento de la sustitución con la empresa absorbida como bien lo establece el artículo 68 del CST; y, en consecuencia, entender que al actor le es aplicable la convención colectiva suscrita en el 2019, y por tanto, beneficiario del régimen anterior por cuanto su vínculo laboral inició antes del 22 de octubre de 2004; de otro lado, declaró no probada la excepción de prescripción por cuanto los derechos que aquí se reclaman corresponden a los causados desde el 2019, por lo que en ese sentido dicho fenómeno no se ha configurado; para efectos de liquidar los beneficios convencionales tuvo como base el salario que certificó la misma entidad demandada, esto es, la suma mensual de \$3.179.064; en cuanto a la prima de diciembre, el juez consideró que la misma debe pagarse el 5 de diciembre de cada año, que la misma es constitutiva de salario para liquidar las cesantías, primas de servicios y pensión de jubilación, y como la convención entró a regir desde el 1º de septiembre de 2019, dispuso su pago en los años 2019 y 2020, y frente a la de 2021 señaló que la demandada deberá pagarla *"con base en el salario ordinario devengado a partir del 5 de diciembre de cada anualidad y mientras esté vigente el contrato de trabajo a término indefinido (...) y mientras esté vigente el texto convencional"*; igualmente ordenó el pago de las primas de pascua, de junio y de descanso, del año 2020, y que subsistirían mientras esté vigente la convención; respecto a la reliquidación de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y aportes a la seguridad social, lo hizo con base en los factores salariales derivados por trabajo suplementario, recargo nocturno y prima de diciembre, pues consideró que los demás emolumentos no podían tenerse en cuenta para esa reliquidación por cuanto las partes pactaron expresamente que no serían constitutivos de salario; igualmente ordenó la reliquidación de las vacaciones teniendo en cuenta la prima de diciembre; la reliquidación la ordenó por los años 2019 y 2020 y frente a la causada con posterioridad indicó que la misma procedía mientras esté vigente el texto convencional; en cuanto a la indexación, dispuso su condena desde la fecha de causación de cada acreencia hasta que se efectúe su pago, máxime cuando no se condenó al pago de la sanción moratoria; finalmente, en lo que tiene que ver con la excepción de compensación, el juez la tuvo probada parcialmente respecto de lo que ya se pagó, y aclaró que las condenas se imponían frente a lo que no se ha pagado.

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, y que a partir del 1º de junio de 2006 tales servicios los realizó directamente con Cervecería Leona, hoy Bavaria, pues así se advierte en el contrato de trabajo suscrito dicho día y la certificación emitida por la demandada (pág. 73-79 y 91 PDF 02).

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 que el vínculo laboral entre las partes aquí intervinientes inició en el año 1995 y así lo relataron de manera clara los testigos **Fernando Sarmiento Niño** y **Douglas David Chamorro Benítez** que declararon en juicio; pues estos manifestaron que cuando ellos ingresaron, el 17 de marzo y en noviembre de 1995, respectivamente, ya el demandante laboraba en Cervecería Leona hoy Bavaria, además, ambos testigos mencionaron que compartieron labores con el actor e incluso el primer testigo agrega que realizaban igual turno de trabajo; es más, ambos testigos explicaron que cuando ingresaron ejercían como supernumerarios, que era oficios varios, y después tanto el actor como el testigo Fernando Sarmiento pasaron a operar la máquina envasadora, y el testigo Douglas David Chamorro era ayudante del demandante, aunque narran que esa labor la prestaron para Bavaria mediante empresas temporales, luego, a partir del año 2002 por intermedio de precooperativas y desde el 1º de junio de 2006 fueron contratados directamente por Cervecería Leona hoy Bavaria, donde actualmente los testigos y el demandante ejercen como envasadores; labor que realizaron, tanto el actor como los testigos, de manera ininterrumpida; circunstancias fácticas que se ratifican con la historia laboral del demandante expedida por Colpensiones (pág. 93-107 PDF 02); no obstante, como el juez de primera instancia consideró que dicha relación laboral solo podía tenerse desde el 14 de mayo de 2001 como lo aceptó la demandada en el otrosí que las partes suscribieron, determinación que no fue objeto de recurso de apelación por la apoderada del demandante, por lo que en ese sentido la decisión se mantendrá incólume; no obstante, ello no obsta para tener en cuenta lo dicho por los testigos en cuanto el demandante siempre ejerció la misma labor de envasador, con igual maquinaria, en similares actividades y que las órdenes eran dadas por los mismos supervisores de línea que eran jefes directos de Bavaria, y que en general, no ha existido ninguna variación en las condiciones laborales desde que iniciaron en 1995 hasta en la actualidad.

Ahora, es cierto que dentro del expediente no obra ninguna prueba que corrobore que el demandante prestó sus servicios en Cervecería Leona desde

1995, no obstante, en este aspecto resulta suficiente la declaración de los testigos, pues se tratan de compañeros de trabajo del demandante, con quienes compartieron labores desde el año 1995, en la misma área de envasado, y coincidieron en la forma de contratación, ya que iniciaron como supernumerarios, luego el actor y el testigo Sarmiento Niño pasaron a ejercer el cargo de envasadores, mientras que el testigo Chamorro Benítez era el ayudante del demandante, inicialmente mediante empresas de servicios temporales, luego por intermedio de precooperativas y finalmente, cuando los tres trabajadores eran envasadores, fueron contratados directamente por la Cervecería Leona y pasaron en consecuencia a ser trabajadores de Bavaria.

Así las cosas, los anteriores testimonios son suficientes para colegir que la relación laboral declarada entre el demandante y Bavaria existía con anterioridad al 1º de junio de 2006, como bien lo concluyó el juez de primera instancia, y por esa razón no puede tenerse como válida la cláusula 23ª del contrato de trabajo suscrito entre las partes el citado 1º de junio de 2006, en la que indica que *"la relación laboral que comienza con este contrato es nueva e independiente de cualquier otra que hubiera podido existir con anterioridad, sea cual fuere su naturaleza y denominación..."*, pues en este aspecto debe señalarse prima la realidad sobre la formalidad como bien lo establece el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, y como ya se dilucidó, con los testigos antes mencionados quedó plenamente acreditado que el demandante prestó sus servicios para Cervecería Leona hoy Bavaria, desde antes de esa calenda, incluso desde fecha anterior a la dispuesta por el juez, siempre ejerciendo la misma labor, con la misma maquinaria, en iguales actividades y cumpliendo órdenes de los mismos supervisores quienes eran trabajadores directos de Bavaria, servicios que han sido prestados siempre en las instalaciones de la entidad demandada, sin solución de continuidad.

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 15 de mayo de 2001 (pág. 84 PDF 02).

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 14 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 14 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. 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, aunque, como ya se explicó, como el a quo determinó esa data como fecha de la iniciación del contrato (14 de mayo

de 2001), sin que esa decisión hubiese sido controvertida por la parte demandante, la Sala no puede entrar a modificar dicho extremo inicial de la relación laboral.

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 el referido documento, 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 confirmar la decisión del 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 14 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 Sinaltrainbec desde el 21 de abril de 2012, conforme se constata con la certificación expedida por el presidente de dicha organización sindical (pág. 108 PDF 02), 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 14 de mayo de 2001 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 lo que tiene que ver con la fecha de causación de la prima de diciembre, la Sala advierte que el juez de primera instancia únicamente liquidó dicha acreencia por el mes de diciembre, por ser el mes de causación, por lo que no hay lugar a modificar la decisión en este punto.

En cuanto al tema de la reliquidación de las cesantías, primas de servicios y cotizaciones a seguridad social, si bien el apoderado 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; lo cierto es que el juez de primera instancia para reliquidar tales acreencias tuvo en cuenta los factores salariales derivados del trabajo suplementario, recargo nocturno y la prima de diciembre, pues fue claro en señalar que los demás emolumentos consagrados en las cláusulas 49, 50 y 51 de la convención no podían tenerse en cuenta para esa reliquidación por cuanto las partes pactaron expresamente que no serían constitutivos de salario; por tanto, no hay lugar a modificar dicha condena como lo pretende la demandada; máxime cuando, frente al trabajo suplementario, 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 como bien lo hizo el juez a quo, 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, 25899-31-05-002-**2021-00148**-01 y 25899-31-05-001-**2021-00040**-01, del 22 y 29 de noviembre de 2023 y 9 de febrero de 2024.

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.

Es cierto que en sentencia referida por el abogado recurrente, proferida dentro del proceso "25899310500220210030201" el 8 de junio de 2023, la Sala dispuso excluir de la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios y cotizaciones a seguridad social en salud y en pensiones, lo concerniente a las cláusulas 24 y 25 de la convención colectiva que consagran precisamente el trabajo suplementario y recargos nocturnos, sin embargo, tal criterio fue corregido por esta Sala en sentencia emitida dentro del proceso radicado No. 25899-31-05-002-**2021-00115**-01 del 8 de noviembre de 2023, al que antes se hizo alusión, en el que se reiteró 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*", como ya se expuso.

Sin embargo, la Sala observa que el juez a quo también ordenó la reliquidación de la compensación de las vacaciones con base en la referida prima de diciembre cuando ello no se estableció en el citado artículo 48 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues se reitera, en esa norma las partes estipularon que dicha prima "*es constitutiva de salario para efectos de la liquidación de cesantías, primas de servicio y pensión de jubilación*", sin que allí se incluya la liquidación de las vacaciones, por lo que en ese aspecto se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia.

Ahora, dice el apoderado recurrente que la prima de diciembre no se causó para el año 2021 por cuanto la convención colectiva estuvo vigente solo hasta el 31 de agosto de ese año; no obstante, una vez escuchado el audio de la respectiva audiencia, e incluso, así se observa en la parte resolutive de la sentencia del a quo, fácil se puede advertir que el juez únicamente condenó por ese concepto por los años 2019 y 2020, pues frente al año 2021 fue claro en señalar que Bavaria deberá pagar ese emolumento "*mientras esté vigente el contrato de trabajo a término indefinido (...) y mientras esté vigente el texto convencional*", por lo que de ninguna manera el juez ordenó pago alguno fuera de la vigencia de la norma convencional como equívocamente lo entiende el apoderado, por tanto, tampoco hay lugar a modificar esta decisión.

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

Sin costas en esta instancia por cuanto el recurso prosperó parcialmente.

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: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 27 de julio de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de DARÍO FRANCISCO CUBIDES CADENA contra BAVARIA y CIA S.C.A., en tanto condenó al pago de la reliquidación de la *“compensación de las vacaciones, con inclusión del promedio mensual de la prima de diciembre de \$441.536 (cláusula 48), para 2020”*, en su lugar, se absuelve de ese rubro, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

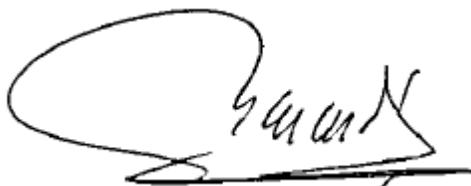
TERCERO: Sin costas en esta instancia por cuanto el recurso prosperó parcialmente.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria