

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA  
TRIBUNAL SUPERIOR  
SALA SEGUNDA DE DECISION  
SALA LABORAL**



**I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Tipo de Proceso</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-31-05- 006-2017-00370-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>OMAR IBARRA MORALES</b>
<b>Demandado</b>	<b>CBI COLOMBIANA S.A., REFICAR S.A., y las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A y CONFIANZA S.A.</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS</b>

En Cartagena a los dieciocho (18) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), la Sala Segunda de Decisión Laboral, presidida por el suscrito como Magistrado Ponente, procede a resolver la apelación, dentro del proceso (ordinario), instaurado por: **OMAR IBARRA MORALES** contra **CBI COLOMBIANA S.A., REFICAR S.A. y las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A.**, radicación única **13001-31-05-006-2017-00370-01**, en la modalidad de alternancia, aprovechando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En armonía con lo anterior, el Decreto Legislativo 806 de 2020 artículo 15, determinó que la decisión de segunda instancia se dictara por escrito, una vez ejecutoriado el auto que avoca el respectivo recurso o el grado jurisdiccional de consulta, según fuere el caso y previo traslado a las partes para alegar de conclusión (también en forma escrita).

**ALEGATOS:** Esta etapa se surtió mediante auto del 10 de junio del 2021, notificada por estado No 97 del 11 de junio de 2021, el cual se encuentra debidamente ejecutoriado.

**II. OBJETO**

El objeto de esta sentencia es resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada y la llamada en garantía, contra la sentencia del 10 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante la cual declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; declaró no probada las demás excepciones de mérito formulada por la defensa; condenó a CBI COLOMBIANA S.A., a pagar la diferencia dejadas de pagar correspondiente a horas extras diurnas y nocturnas, recargos dominicales y festivos; condenó a pagar las diferencias por cesantías; condenó a pagar la diferencia por primas de servicio; condenó a pagar la diferencia por vacaciones; condenó a pagar la indemnización moratoria; condenó a consignar en el fondo de pensiones el valor del cálculo actuarial de los aportes no realizados; condenó a REFICAR S.A., a responder solidariamente de las condenas proferidas; condenó a CONFIANZA S.A., a responder por las condenas impuestas a REFICAR S.A. y a LIBERTY SEGUROS S.A. debe responder hasta el monto del coaseguro; absolvió de las restantes pretensiones; condenó en costas a las demandadas y fija agencias en derecho en la suma de 3% de las condenas impuestas.

**III. CUESTION PREVIA**

**SOLICITUD DE PRUEBA DE OFICIO:** Advierte la Sala que, en esta segunda instancia, que la parte demandada CBI COLOMBIANA S.A., solicitó que se decretara como prueba de oficio y se incorporara al proceso la Guía Técnica

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA  
TRIBUNAL SUPERIOR  
SALA SEGUNDA DE DECISION  
SALA LABORAL**



Colombiana GTC-250 sobre “Buenas prácticas sociales para la exploración y explotación de hidrocarburos”.

Para esta Colegiatura, dicho pedimento probatorio contraria la naturaleza contemplada por el legislador para el decreto de una prueba de oficio, pues recuérdese que esta debe nacer de la voluntad del Juez y solo cuando este la considere indispensable para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en el proceso, presupuestos que no se cumplen en el caso bajo examen.

Aunado a ello, se tiene que la solicitud, tampoco cumple con los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 83 del CPTYSS, debido a que dicha prueba no fue pedida ni decretada en primera instancia, por lo que se niega la práctica de la misma.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, RESUELVE: NO ACCEDER a la solicitud de prueba de oficio presentada por la apoderada de la parte demandada.

**Renuncia de Poder:** Mediante correo electrónico adiado 23 de noviembre de 2020 la sociedad VT SERVICIOS LEGALES S.A.S. presentó renuncia al poder que le fue conferido por CBI COLOMBIANA S.A., previa comunicación al liquidador de la referida sociedad.

La renuncia presentada se encuentra ajustada al contenido del artículo 76 del CGP, aplicable por vía de integración analógica contenida en el artículo 145 del CPTSS, por lo que resulta procedente.

**Reconocimiento de Poder:** El doctor ENRIQUE GÓMEZ MARTÍNEZ, en calidad de liquidador de la demandada CBI COLOMBIANA S.A. manifiesta otorgar poder a los abogados SEBASTIÁN JIMÉNEZ OROZCO, identificado con cédula de ciudadanía No.1.144.051.110 y tarjeta profesional No. 263.908 del C. S. de la J. y SARA URIBE GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.144.167.510 y tarjeta profesional No. 276.326 del C. S.J, a quienes se les reconoce personería para actuar conforme a las facultades conferidas, por ser procedente.

No obstante, se evidencia que los togados SARA URIBE GONZÁLEZ y SEBASTIÁN JIMÉNEZ OROZCO, renunciaron al poder conferido para representar a la demandada CBI COLOMBIANA S.A., la cual se aceptará por cumplir los requisitos de Ley.

#### **IV.ANTECEDENTES RELEVANTES**

##### **Pretensiones**

El demandante solicitó en su escrito de demanda se declare que REFICAR S.A., es beneficiaria de la obra del proyecto de expansión de la refinería de Cartagena; se declare a REFICAR S.A., es solidariamente responsable del pago de los derechos laborales y prestacionales del demandante; se declare que el demandante estuvo vinculado laboralmente a la empresa CBI COLOMBIANA S.A., se declare que al momento de la terminación del contrato estaba cobijada bajo la estabilidad laboral reforzada; se cancele la respectiva indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997; se declare que el contrato fue terminado unilateralmente por la empresa y sin justa causa; se condene a reintegrar al demandante; se condene al pago de salarios y prestaciones sociales desde el despido hasta el reintegro; se condene a la

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA  
TRIBUNAL SUPERIOR  
SALA SEGUNDA DE DECISION  
SALA LABORAL**



indemnización moratoria del artículo 65 del CST; se declare que el bono de asistencia constituye factor salarial; se reliquide las prestaciones sociales, vacaciones con base en el salario promedio mensual; se condene a la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990; se condene al pago del auxilio de alojamiento, movilidad y alimentación.

Subsidiariamente solicito se condene a pagar la indemnización del artículo 64 del CST; se condene a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

### **Hechos**

Fundó sus pretensiones en veinte (20) hechos, siendo los más relevantes que el demandante fue trabajador de CBI COLOMBIANA S.A, mediante contrato de obra o labor; que durante la relación laboral el demandante padeció de varias enfermedades; que la empresa tenía conocimiento de las enfermedades que aquejaban al demandante; que el Ministerio de Trabajo no autorizó la terminación del contrato de trabajo del demandante; que COLPENSIONES calificó al demandante con una pérdida de capacidad laboral de 57.47% y le reconoció pensión de invalidez; que la empresa dio por terminado el contrato de trabajo el 2 de septiembre de 2015; que la empresa no consultó al trabajador y por lo tanto hizo caso omiso la opción de seguir trabajando; que la empresa despidió de manera injusta e ilegal al demandante; que el demandante percibía un salario básico y un bono de asistencia; que el bono de asistencia incrementó mensualmente el patrimonio económico del trabajador; que al momento de la liquidación el empleador no reconoció y mucho menos canceló el bono de asistencia; que el empleador al no reconocer y pagar el bono de asistencia como factor salarial no liquidó de manera correcta y oportuna al demandante; que la empresa no liquidó los recargos de trabajo suplementario, horas extras, festivos y dominicales con el valor real, ni consignó los aportes en pensión.

### **Contestación de la demanda**

Mediante auto de fecha 27 de septiembre de 2017 (folio 101), se admitió la demanda y se ordenó correr traslado a la parte demandada así:

- a. **REFICAR S.A.:** Visible a folio 103 al 110 del expediente. Manifestó que los hechos 1 y 2 hacen referencia a la codemandada. Que los restantes hechos no le constan. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso a las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y genérica. Así mismo llamó en garantía a las aseguradoras LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A.
- b. **CBI COLOMBIANA S.A.:** Visible a folio 136 al 158 del expediente. Manifestó que los hechos 2,7 son ciertos. Que los hechos 3,5,6,16,18,19 no son ciertos. Que los hechos 8,11,14,17,20 no le constan. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, pago, prescripción y genérica.
- c. **LIBERTY SEGUROS S.A.:** Visible a folio 209 al 223 del expediente. Manifestó que no le constan los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de inexistencia de solidaridad, inexistencia de despido sin justa causa e improcedencia de condena de la indemnización del artículo 64 del CST, improcedencia de incluir en la liquidación de recargo por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y vacaciones el valor reconocido por bonificación asistencial, improcedencia de la sanción moratoria del artículo 65 del CST., prescripción y genérica.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
**SALA SEGUNDA DE DECISION**  
**SALA LABORAL**



- d. **CONFIANZA S.A.:** Visible a folio 224 al 235 del expediente. Manifestó que no le constan los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de ausencia de cobertura de cualquier otra indemnización diferente a la del despido sin justa causa, ausencia de cobertura de prestaciones de tipo extralegal, coaseguro y genérica.

### **V.DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, profirió sentencia el 10 de diciembre de 2019, mediante la cual declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; declaró no probada las demás excepciones de mérito formulada por la defensa; condenó a CBI COLOMBIANA S.A., a pagar la diferencia dejadas de pagar correspondiente a horas extras diurnas y nocturnas, recargos dominicales y festivos; condenó a pagar las diferencias por cesantías; condenó a pagar la diferencia por primas de servicio; condenó a pagar la diferencia por vacaciones; condenó a pagar la indemnización moratoria; condenó a consignar en el fondo de pensiones el valor del cálculo actuarial de los aportes no realizados; condenó a REFICAR S.A., a responder solidariamente de las condenas proferidas; condenó a CONFIANZA S.A., a responder por las condenas impuestas a REFICAR S.A. y a LIBERTY SEGUROS S.A., debe responder hasta el monto del coaseguro; absolvió de las restantes pretensiones; condenó en costas a la demandadas y fija agencias en derecho en la suma de 3% de las condenas impuestas.

**ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA:** sostuvo el a quo que la tesis del despacho será negar las pretensiones de la ineficacia del despido, del despido injusto y accedió a la reliquidación por inclusión del bono de asistencia.

Sustentó que al revisar el expediente no encuentra una circunstancia discriminatoria en la terminación del contrato de trabajo; que las partes acordaron modificar el contrato a término fijo a 142 días, y atendiendo las prórrogas estas vencieron el 20 de octubre de 2015, encontrando que la empresa dio el preaviso correspondiente, concluyendo que el contrato termino por una causa legal. Además, advierte que fue el mismo demandante quien le manifestó a la empresa que se diera por terminado el contrato por que la habían reconocido la pensión de invalidez y se liquidara el contrato de trabajo.

En cuanto a la inclusión del bono de asistencia, encontró que en los comprobantes de pago, aparece un pago denominado bono de asistencia; que dicho bono se pactó que se pagaba por unos indicadores, de los cuales se evidencia que se daban como contraprestación del servicio, y le correspondía al empleador demostrar lo contrario, lo anterior se refuerza con el hecho de que la bonificación no atendía las condiciones del contrato, pues en el contrato se dice que si había una ausencia se pagaría un porcentaje, pero por ejemplo en abril del 2015 hubo una ausencia no justificada, sin embargo, se pagó 29 días, entonces si se cumplieran las condiciones se debió pagar el 70% de la bonificación, y eso no ocurrió, lo que queda claro que se pagaba por días laborados y posterior a ello no se observa que haya habido una adecuación en esos volantes de pago posteriores. Lo anterior le permite concluir que la bonificación no atendía las condiciones establecidas en el contrato, si no a los días laborados, entonces se tiene que ese pago era contraprestación directa del servicio, siguiendo la regla general del artículo 127 del CST.

Otro aspecto que le permite determinar su incidencia salarial fue la habitualidad, que ingresaba al patrimonio del trabajador, es un pago que se pagaba periódico y en las mismas fechas en que se pagaba el salario, por lo tanto, al ser un pago salarial no podía restarse de la base salarial para liquidar las acreencias laborales,

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
**SALA SEGUNDA DE DECISION**  
**SALA LABORAL**



que esa posibilidad del artículo 128 del CST, no puede recaer sobre pagos que son salario. También determino que se trataba de un salario ordinario.

Por otro lado, accedió a la indemnización moratoria por cuanto encontró acreditada la mala fe de la empleadora, condeno solidariamente a REFICAR, al encontrar relación de causalidad entre las dos, cumpliéndose los requisitos del artículo 34 del CST., y por ello debe responder solidariamente por las condenas impuestas, excepto para las vacaciones. Por último, en cuanto al llamamiento en garantía, se tiene que al plenario se aportó la póliza y que la misma cubre los salarios y prestaciones sociales, por encontrarse amparado.

## **VI. RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la decisión de primera instancia el apoderado de la parte demandada y las voceras judiciales de las llamadas en garantía interponen y sustentan recurso de apelación así:

### **DEMANDADA**

Manifestó que deben revisarse de manera efectiva y clara los volantes de pago, por cuanto se encuentra demostrado que esta bonificación atendía a unas condiciones claras y determinadas para su pago, distintas a lo que manifiesta el despacho, no es cierto que la carga de la prueba en este tipo de procesos sea de la parte demandada, la carga es del demandante, le corresponde a la parte no solamente probar lo que pretende le sea entregado en juicio, sino además especificar de manera clara en el escrito de la demanda pues cuales son las pretensiones. No encuentra dentro de la demanda nada que sustente la conclusión del despacho de que se trataba de salario ordinario, no está el despacho en la capacidad ni tiene la virtualidad de abusar del principio de favorabilidad e interpretar la demanda en perjuicio de la parte demandada sobre unos hechos, unos planteamientos que aunque no se encuentran pedidos en la demanda, simplemente por alguna virtud de extra petita empieza a conceder y a darle una interpretación completamente distinta que la misma demanda contiene, en ese sentido además se vulnera la incongruencia del fallo el debido proceso y el derecho de defensa en contradicción de la parte demandada como quiera que solamente ante esta oportunidad y una vez proferido el fallo de instancias es que el señor juez dice que aunque se está pidiendo factor salarial y aunque se habla en todo el proceso de factor salarial, pues se condena como salario y no solo como salario, sino como salario ordinario. En cuanto a lo manifestado por el despacho que no encuentra que se obedeciera a las causales de la cláusula cuarta del contrato de trabajo, ello no es cierto, se evidencia en los volantes de pagos que efectivamente la empresa verificaba cada uno de los condicionamientos el demandante también confesó que efectivamente cumplía estos condicionamientos sino que el demandante lo que realmente pretende es que pese a que se le pagaban por esos condicionamientos, pues, igual se le debía tener en cuenta para otras cosas, en ese sentido si está demostrado que se paga en virtud de los condicionamientos, si se lee la cláusula cuarta sencilla y simplemente esta dice que esta bonificación de llegar a causarse será calculada y pagada proporcionalmente por los días de servicio, además se puede evidenciar un sin número de ajustes, bono de asistencia periodo anterior. Este bono no se pagaba por contraprestación directa del servicio, porque aún en ausencia igual se les cancelaba este bono, cual es la relación uno a uno si el trabajador no estaba prestando sus servicios e igual se le pagaba, aquí lo que se viene solicitando es la declaratoria de factor salarial, y como factor salarial en virtud de una ficción se tuvo, y se tuvo en cuenta para lo que se debe de tener en cuenta un factor salarial y es el pago de prestaciones sociales y seguridad social, no es cierto que se pagara siempre en la misma cantidad, se puede evidenciar de la cláusula y de los volantes

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
**SALA SEGUNDA DE DECISION**  
**SALA LABORAL**



de pago que era un monto máximo, en todo caso esto solamente se podría tener en cuenta como remuneración extra ordinaria, un factor no puede entrar a reliquidar otro factor, y en virtud de esto no es posible que se entre en la reliquidación del trabajo suplementario del trabajador. Por otro lado, indica que no es cierto que no se hubiera probado la existencia del cronograma de trabajo, y en todo caso el despacho le dio un sentido gramatical al mismo. Es claro que lo que se demostró es que se pagaba sin tener que trabajar, el trabajador recibía un valor que no debería habersele cancelado, esto precisamente es la antítesis de lo planteado por el despacho porque si fuera por ir a trabajar, como se explica que cuando no iba a trabajar también se le cancelaba.

Por otro lado, respecto a lo señalado como argumento subsidiario, pues, ingresaba a su patrimonio y era percibido de manera habitual, luego, ya se ha manifestado que la habitualidad no es una característica que deba tener en cuenta para saber si una prestación recibida por el trabajador es salario o no. No comparte la condena por indemnización moratoria, por tanto, considera que existen diferentes pruebas de buena fe. Considera que REFICAR S.A., no debió ser condenada solidariamente por cuanto realmente no se encuentran acreditados los requisitos del artículo 34 del CST, no se demostró como las dos demandadas si cumplían con el mismo giro ordinario de CBI, no hay prueba que demuestre que durante la vigencia de los contratos la Refinería se haya dedicado a la construcción de refinería. Por último, solicita se revoque la condena en costas, por ser excesiva

**LIBERTY SEGUROS S.A.**

No comparte la decisión del despacho de considerar la bonificación de asistencia como salarial, ya que la habitualidad, es un criterio auxiliar y efectivamente el juez debe entrar como criterio principal es la retribución del servicio prestado, lo cual no se demostró en el proceso, al tratarse de un pago condicionado, condiciones que el demandante acepto haber cumplido, siendo estas las condiciones pactadas para la causación de la bonificación. Además, se olvidó lo contenido en el artículo 128 del CST, que permite que, aunque pago sea salario, se excluya para el pago de prestaciones, y que el demandante lo entendió al momento de la suscripción, y no se probó algún vicio del consentimiento. No comparte la condena solidaria, porque no existe relación de causalidad, sin embargo, el trabajo del demandante sea para desarrollar el objeto social, y como no era del objeto social de la demandada resulto necesario contratar una empresa independiente, no existe relación entre la misión y objeto social, no cumpliéndose los requisitos del artículo 34 del CST. Manifiesta que las condenas impuestas se encuentran excluidos de los amparos contratados en la póliza. Resalta la existencia del contrato de coaseguro. No puede afectarse una póliza si se demuestra una conducta de mala fe del tomador.

**CONFIANZA S.A.**

Manifiesta que el recurso va dirigido a que se revoque el numeral 10. No comparte la decisión de darle carácter salarial a la bonificación, ya que ese pago estuvo acordado bajo los parámetros del artículo 128 del CST, las partes acordaron que sería un pago extralegal, y que debía cumplir unos condicionamientos, y ninguno guarda relación con la prestación del servicio. El segundo reparo es en cuenta a la solidaridad del artículo 34 del CST, pues no se probó el cumplimiento de dicho artículo, REFICAR se dedica a negocios distintos, el lleno de los requisitos no está cumplidos. El juzgado encontró acreditada la mala fe, entonces no puede afectarse la póliza, si el tomador incumple su obligación de cumplir con las obligaciones legales, no puede trasladar la responsabilidad a la póliza.

Bajo esta visión procuran la revocatoria parcial de la sentencia objeto de alzada.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA  
TRIBUNAL SUPERIOR  
SALA SEGUNDA DE DECISION  
SALA LABORAL**



**VII. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR LA TESIS DE LA SALA**

- Artículo 65, 127, 128 del CST

**Subreglas:**

- Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia Rand No. 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 -2018 radicación 53394, del 11 de abril de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación No. 48351 del 17 de agosto de 2016. M.P. Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 711 DE 2021. M.P. Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA.
- **Consonancia:** Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia Rand No. 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- Salario. Corte Suprema de Justicia. SL SL5159-2018. MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- Salario. Corte Suprema de Justicia. SL 4096 de 2019. MP DONAL JOSE DIX.

**VIII. PROBLEMA JURIDICO**

El problema jurídico se circunscribe en determinar: i) si la bonificación de asistencia, tiene carácter salarial. De ser así, hay lugar a las reliquidaciones pretendidas y a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

**IX. ARGUMENTOS PARA RESOLVER**

La controversia en esta instancia se decidirá de acuerdo a los puntos materia de apelación.

Se encuentra probado que entre el demandante **OMAR IBARRA MORALES y CBI COLOMBIANA S.A.**, existió un contrato de trabajo de obra u labor, para desempeñarse como operador de equipo pesado, desde el 4 de agosto de 2011 al 16 de septiembre de 2015. (folio 11-21).

**INCIDENCIA SALARIAL DE LA BONIFICACION DE ASISTENCIA**

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. El salario es la contra prestación patrimonial que recibe el trabajador por el trabajo subordinado. Por su parte, el artículo 128 ibídem, establece: *“No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u*

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
**SALA SEGUNDA DE DECISION**  
**SALA LABORAL**



*ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”*

Las partes tienen la posibilidad de acordar libremente que conceptos, beneficios, bonificaciones u auxilios, habituales u ocasionales, pueden o no constituir salario. Sin embargo, la Corte Suprema ha marcado los lineamientos para que los Jueces pueden llegar a determinar si efectivamente un factor es salario SL SL5159-2018. MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada”.

Así las cosas, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, o que no es salario por decisión de las partes; si no que debe analizarse en cada caso en particular; pues la misma Corte Suprema ha indicado que, incluso aquellos que generalmente no se consideran salario, como alimentación, prima de navidad, entre otros, de no haber pactado un acuerdo sobre que no son salario podría plantearse su discusión, así dijo la corte: “ Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. (SL5159-2018. MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

Por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Hecha la anterior precisión, las partes pactaron en la cláusula cuarta del contrato de trabajo que el trabajador tendría derecho como remuneración, una asignación fija o salario básico y una bonificación mensual cuya causación estaría determinada por dos indicadores (i) el aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo y (ii) el desempeño del empleado y de su equipo de trabajo en las disposiciones de higiene, salud y medio ambiente (HSE). Así mismo quedo consignado en dicha cláusula, que esta bonificación no integraría la base de liquidación de ninguna acreencia que tenga como referencia la remuneración o

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
**SALA SEGUNDA DE DECISION**  
**SALA LABORAL**



salario ordinario, específicamente, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, mientras que sería tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales – cesantías, intereses y primas de servicio, aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero. También se acordó que de llegar a causarse sería calculada y pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio.

Ahora bien, para que un emolumento tenga incidencia salarial, debe verificarse el cumplimiento de ciertos presupuestos, así:

***i. Bonificación de asistencia como pago retributivo del servicio***

Para la Sala, al establecerse en la cláusula cuarta que, al causarse la bonificación de asistencia, conforme a las condiciones allí pactadas, sería **“pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio”**, la demandada reconoce el carácter retributivo del servicio de dicho pago. Adicionalmente, las condiciones de causación a que hace referencia el canon contractual estaban ligadas a la asistencia y el cumplimiento del trabajo del actor, pues está demostrado que su causación requería el despliegue de la fuerza de trabajo del actor, concluyéndose de lo anterior, que la bonificación de asistencia era retributiva del servicio, de donde brota su naturaleza salarial.

***ii. Habitualidad en el pago de bonificación de asistencia***

Al revisar los distintos volantes de pago aportados, se evidencia que el demandante recibió el pago por bonificación de asistencia, cumpliéndose a cabalidad con el presupuesto de habitualidad.

***iii. De la existencia y validez del pacto de exclusión***

En el presente asunto, viene acreditada la existencia de un pacto de exclusión celebrado entre las partes, el cual, a juicio de esta Corporación, no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, dado que el convenio suscrito consistió en acordar que, el bono de asistencia HSE no integraría la base de liquidación para la remuneración de recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, lo cual se acompaña a una de las hipótesis de desalarización enseñadas por la jurisprudencia, esto es, a pesar de ser retributivo del servicio, no se desconoció la naturaleza salarial del pago, sino que se determinó no tenerlo en cuenta para ciertos pagos (trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo).

En suma, al estar demostrado que el pago por bonificación por asistencia era retributivo del servicio, se daba de manera habitual, pero a pesar de ser retributivo del servicio, el pacto no desconoció el carácter salarial del pago sino que lo excluyó de la base de liquidación de trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo, lo cual es permisible a la luz de la interpretación enseñada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al alcance de la parte final del artículo 128 del CST, esta Sala concluye que dicho pacto resultaba válido y vinculante para ambas partes.

Descendiendo al caso en concreto, se tiene que el demandante durante el desarrollo de la relación laboral recibió el pago de la bonificación de asistencia, en una suma variable, tal como se aprecia en los volantes de pago aportados por la demandada

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
**SALA SEGUNDA DE DECISION**  
**SALA LABORAL**



con la contestación de demandada, visibles en el CD a folio 175; que el acuerdo nunca desconoció la naturaleza salarial del bono, sino que restó su incidencia para liquidar otros pagos, válido bajo la interpretación y alcance del artículo 128 del CST, que dicho sea de paso, lo hicieron frente a los conceptos de menor incidencia, recuérdese que la bonificación si era tenida en cuenta para el cálculo de prestaciones sociales (cesantías, intereses y primas de servicio), aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero, conceptos a todas luces de mayor notabilidad.

A la anterior conclusión se llega luego de un nuevo análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral la cual avala que las partes de una relación de trabajo, pueden en virtud del principio de autonomía de la voluntad acordar que un determinado rubro no será tenido como factor salarial para efectos de liquidación de algunas acreencias laborales, sin que ello implique un menoscabo a los derechos de los trabajadores. Adicionalmente, en sede de tutela, la Corte al analizar un caso proveniente de este Tribunal, concluyó que esta interpretación no resultaba “**descabellada**”, pues la misma se había edificado sobre el material probatorio aportado, las normas sustanciales que regulan el asunto y la jurisprudencia asentada por esa Sala de Casación y la Corte Constitucional sobre la interpretación del artículo 128 del CST que condujo al Tribunal a concluir que el pacto de exclusión salarial del bono de asistencia celebrado entre las partes en conflicto era válido, pues con él no se pretendió quitar el carácter de salario a un pago que por esencia tenía esa naturaleza, sino excluir el mismo de la base para liquidar trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo” tal como anotó en sentencia STL11582-2020. (Negritas fuera de texto).

De este modo el suscrito ponente rectifica su anterior posición, en el sentido que, si es ajustado a derecho que las partes puedan restarle incidencia salarial a un determinado rubro para liquidar ciertas acreencias, y así quedó plasmado en las sentencias proferidas como Magistrado Ponente el día 4 de junio de 2021, dentro de los procesos ordinarios seguidos por **ALDEMAR VARGAS SABALZA** contra **MAASY ENERGY COLOMBIA S.A.S. REFICAR SA Y CONFIANZA** radicación única **13001-31-05-002-2015-00696-01** y **WILLIAN RODRIGUEZ YANEZ** contra **CBI COLOMBIANA S.A.** radicación única **13001-31-05-004-2016-00529-01**.

En consecuencia, no hay lugar a la reliquidación pretendida, en lo que atañe a la naturaleza salarial del bono de asistencia para la liquidación de horas extras, festivos, por lo tanto, se revocara la sentencia.

No habiendo resultado sumas a favor del demandante por salarios o prestaciones sociales, se releva la Sala del estudio de la indemnización moratoria pretendida y la solidaridad de REFICAR S.A.

#### **COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA**

Atendiendo que, en esta instancia, se revocaron las condenas impuestas a favor del demandante, le corresponde a este asumir las costas de primera instancia, por ello se fijaran las agencias en derecho en su contra y en cuantía de  $\frac{1}{2}$  SMLMV, ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, en concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA  
TRIBUNAL SUPERIOR  
SALA SEGUNDA DE DECISION  
SALA LABORAL**



**X. COSTAS**

Sin costas en esta instancia. Se autoriza a la secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

**XI.DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO, NOVENO, DECIMO, DOCE y CATORCE** de la sentencia apelada de fecha 10 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena en este proceso Ordinario laboral de **OMAR IBARRA MORALES** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva, para en su lugar **ABSOLVER** a **CBI COLOMBIANA S.A., REFICAR S.A.**, y las llamadas en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A.**, de las condenas impuestas.

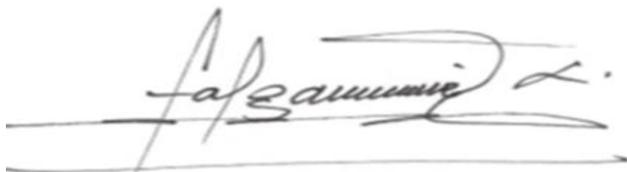
**SEGUNDO:** Costas de primera instancia a cargo del demandante, se fija en derecho en la suma de  $\frac{1}{2}$  smlmv.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia. Se autoriza a la secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS  
Magistrado Sala Laboral

**CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS**  
Magistrado Ponente



**FRANCISCO ALBERTO GONZALEZ MEDINA**  
Magistrado

**JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRES**  
Magistrada  
(Ausencia justificada)