

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA DE
INDIAS**
SALA QUINTA DECISIÓN LABORAL

PROCESO	Ordinario
RADICADO	13001-31-05-005-2015-00298-01
DEMANDANTE	CLEVER ROMERO DÍAZ
DEMANDADO	CBI COLOMBIANA S.A.
LO QUE SE RESUELVE	Recurso de apelación
PROVIDENCIA	Sentencia
FECHA	23 de agosto de 2018
JUZGADO DE ORIGEN	Quinto Laboral del Circuito de Cartagena
TEMA	Reintegro fuero de salud / Bonificación HSE
MAGISTRADO PONENTE	LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO

Corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias, hoy treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022), proferir sentencia escrita, aprovechando las tecnologías de la información y las comunicaciones, en adelante TIC's, desde la dirección electrónica institucional: des05sltsbolivar@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro del Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia promovido por **CLEVER ROMERO DÍAZ** en contra de **CBI COLOMBIANA S.A.** con radicación 13001-31-05-005-2015-00298-01.

Esta ponencia es de la Sala Quinta de Decisión Laboral, presidida por LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO, hecha al alimón con los magistrados CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS y FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA.

Que conforme a los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020, el Consejo Superior de la Judicatura determinó que la suspensión de términos ordenadas a partir del 16 de marzo de 2020 (Acuerdo PCSJA20-11517) llegaría a su fin el uno (1) de julio de 2020, para la prestación del servicio estableció las reglas sobre condiciones de trabajo en la Rama Judicial, ingreso y permanencia en las sedes, condiciones de bioseguridad, condiciones de trabajo en casa y medios de seguimiento a la aplicación de dicho Acuerdo.

En armonía con lo anterior, el Decreto Legislativo 806 de 2020 artículo 15 estableció que las providencias que se emitan en el marco de la segunda instancia por las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial se dictarán 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)

1. OBJETO

El objeto de este proveído es resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena el 23 de agosto de 2018 por medio de la cual se absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

LA DIANA DEL RECURSO

LA SUSTENTACIÓN

Demandante

El apoderado del demandante apela la absolución con respecto al fuero de salud, y la bonificación de asistencia.

1. Con respecto a la estabilidad laboral, dice que si bien es cierto que no existe dentro del proceso una calificación por parte de EPS, ARL o Junta de calificación, que dé cuenta del porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante, existe la necesidad de resaltar que dentro de la historia ocupacional del demandante existe un examen de ingreso el cual daba cuenta de la total y óptima condición del mismo al momento del enganche contractual, y de la merma en su estado de salud, adicionalmente en las mismas historias clínicas fue determinado de que sí existió un accidente laboral y que fue efectivamente reportado, así mismo existen numerosos permisos por parte de la misma demandada que dan cuenta de las ausencias que tuvo el demandante en la prestación de sus servicios, para atender citas medicas y terapias que fueron ordenadas. Ver folio 104.

Que, en este orden de ideas, no se puede deslindar el conocimiento que tenía la demandada de las afectaciones de salud del demandante, y de la incapacidad que tenía para prestar sus servicios al interior de CBI, asimismo, solicita tener en cuenta el folio 105 que da cuenta de un acta de reincorporación laboral en el cual se establecen restricciones de funciones inherentes a las del cargo del demandante, por lo cual este no estaba en condiciones para realizar sus funciones. Por lo anterior, se debe conceder la pretensión de reintegro.

2. Con relación a la bonificación de asistencia y los demás conceptos solicitados, manifiesta que cumplen con la regla general del artículo 127 del CST sobre salario, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, en las cuales se establece que constituye salario no Oslo la remuneración ordinaria fija o variable, sino todo lo que recibió el trabajador en dinero o en especie como retribución directa del servicio, y que ingresaba real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad.

Que, adicional a lo expuesto, hay que tener en cuenta que tales reconocimientos, además de no ser de consagración legal, tampoco tuvieron origen en el contrato de trabajo, ni en el reglamento o pacto colectivo, por lo que no se puede decir que eran de mera liberalidad. Que,

los bonos convencionales y el de asistencia, tienen carácter salarial úes cumplen con lo requisitos.

1.1 BREVARIO PROCESAL

Pretensiones

El demandante solicita que se declare que entre este y la demandada existió un contrato de trabajo, y que el demandante se encontraba en estado de limitación física al momento del despido. Que, CBI Colombiana S.A. no solicitó la autorización al Inspector de Trabajo para proceder a terminar unilateralmente el contrato de trabajo, tal como ordena el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Que, como consecuencia de lo anterior, se declare la ineficacia del despido y se ordene su reinstalación al cargo que venía ocupando o a uno de igual o mejor jerarquía, que no constituya riesgo para la salud. Que, se declare a Reficar solidariamente responsable, y se condene a ambas a pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se haga efectiva la reinstalación.

Que, la bonificación de asistencia y demás auxilios convencionales son de carácter salarial, y la demandada desconoció el orden legal al excluirlas de la liquidación de prestaciones sociales, por lo cual se deben reliquidar.

Hechos

Manifiesta el demandante que, fue contratado por la demandada en fecha 1 de septiembre de 2011, mediante contrato por duración de la obra contratada, el cual fue modificado por medio de otrosíes. Que, fue desvinculado de manera unilateral y sin mediar justa causa el 20 de octubre de 2014, fecha en la cual se encontraba en estado de debilidad manifiesta, protegido por el fuero de salud.

Indica que, su sueldo estaba compuesto por un salario ordinario y una bonificación de asistencia, así como otros auxilios habituales que tenían carácter salarial, pero que la demandada no tuvo en cuenta para la liquidación de trabajo suplementario, nocturnos, dominical, festivos y vacaciones disfrutadas en tiempo, por lo que se afectó la liquidación de las prestaciones sociales.

La contestación de demanda, excepciones

CBI COLOMBIANA S.A. acepta la relación laboral, pero indica que no existió un despido sino la expiración del plazo al cual habían sometido las partes la duración de su contrato, 142 días, concretamente la tercera y última prórroga automática. Que, para tales efectos, desde el 3 de junio de 2014, es decir, con más de 30 días de anticipación al vencimiento del plazo, la empresa había elaborado y entregado al actor el preaviso contemplado en el numeral 1º del artículo 46 del CST. Que, no le constan los hechos médicos de la demanda.

Sobre el salario devengado, manifiesta que el salario del demandante era solo el denominado salario ordinario, pues el bono de asistencia no era sustancialmente salarial, pero la cual las partes la estimaron artificialmente como factor de dicho orden exclusivamente para los efectos previstos en la cláusula contemplada. Igualmente, los demás conceptos no eran retributivos directamente del trabajo prestado, por lo cual no tienen incidencia salarial.

Propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

Razones para decidir en primera instancia, en lo que interesa a los recursos interpuestos.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, concluyó que, con respecto al fuero de salud, en primer lugar, en el presente caso no hubo un despido sino el vencimiento del plazo fijo pactado. Que, al momento de la terminación, y de su preaviso de terminación, el demandante no se encontraba incapacitado. No se acreditó que la desvinculación fue con causa de su enfermedad, tampoco hay calificación de pérdida de capacidad laboral, Por lo cual se niega el reintegro.

Con respecto al carácter salarial de la bonificación de asistencia y los auxilios convencionales, indica que en la cláusula 4 del contrato de trabajo se pactó la remuneración, y en la cláusula 5 los bonos extralegales, que ninguno constituye salario y se amparan en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. Además, que al ser bonos condicionados se consignó que no constituirían salario, por lo cual no pueden considerarse como factor salarial, y la cláusula no es ineficaz pues el artículo 28 del CST lo permite. Que, todos los bonos extralegales no eran retribución directa del servicio, sino para mejorar las condiciones laborales. Por lo anterior, se absolvió a la demandada.

Trámite en segunda instancia

Conforme con lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, se concedió traslado a las partes para que alegaran de conclusión de manera escrita.

La Dr. Sara Uribe González, en calidad de apoderada judicial de **CBI Colombiana S.A.**, indicó que en el presente caso la parte demandante debía probar que se encontraba dentro de la población protegida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, cosa que no hizo, y además, no existe el conocimiento de la discapacidad por parte del empleador, por lo cual no es atribuible la motivación de la terminación del contrato al supuesto estado de salud del trabajador. Que, no hubo despido sino una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo.

El Dr. Alberto Elías Fernández Severiche, en calidad de apoderado judicial de la parte **demandante**, indicó que el bono de asistencia es salario, pues se trata de un pago de carácter remuneratorio que se paga en proporción al

tiempo de servicio, pues así expresamente se indicó en la cláusula cuarta del contrato de trabajo. Que, resulta entonces ineficaz el pacto de exclusión salarial, y este actuar se constituye de mala fe, por lo cual se debe condenar la indemnización moratoria.

El señor Enrique Gómez Martínez en condición de liquidador y representante legal de CBI COLOMBIANA SA EN LIQUIDACION JUDICIAL, mediante mensaje de datos otorgó poder al Dr. SEBASTIÁN JIMÉNEZ OROZCO y a la Dra. SARA URIBE GONZÁLEZ, por lo que se les reconoce poder a los profesionales del derecho.

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

De acuerdo con el recurso planteado por el demandado, se procede a plantear el siguiente:

Problema jurídico planteado

Se plantea de la siguiente forma: ¿es correcta la decisión del Juez a quo de absolver a la parte demandada de las pretensiones de la demanda sobre la reinstalación al sitio de trabajo al actor por el fuero de salud? y determinar si la bonificación “Bono de Asistencia” constituye o no salario, y en el evento de que lo sea, si es pasible de un pacto de exclusión salarial.

Respuesta a los cuestionamientos

Pues bien, la tesis de esta Magistratura es la de confirmar el fallo de primera instancia.

Sobre el reintegro del demandante.

Para determinar la aplicación del derecho a la estabilidad laboral (ocupacional) reforzada (de las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta) la Sala estima importante entender (1) su fundamentación, (2) titularidad, (3) contenido y (4) destinatarios, pues, sólo de esta forma puede otorgársele el correcto entendimiento a la alzada.

La fundamentación de este derecho, desde el enfoque constitucional, radica en los artículos 13, 16, 47, 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia. Y, desde lo legal, en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, mediante la cual se establecen los mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad.

En este contexto, la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.

Pues bien, para establecer si el demandante ostenta el derecho a la estabilidad laboral reforzada que alega, es primordial determinar si puede predicarse que él, en el caso concreto, ostenta las características exigidas para ser titular.

Para determinar la titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada, se tienen dos posiciones, sostenidas la una por la CSJ y la otra por la Corte Constitucional

(Titularidad y alcance en la CSJ)

En el primer caso, los derechos consagrados en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, siguiendo la refundida sentencia de la CSJ SL 11411 de 2017, se otorgan si se prueba una pérdida de capacidad laboral superior al 15%. Lo anterior, se funda en que la CSJ entiende que no toda afectación de salud puede ser digna de la protección referida. Y es importante y necesario fijar parámetros igualitarios, claros y objetivos que guíen al juez y permitan establecer el grado de afectación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencia del 15 de julio de 2008 (Radicado 32532), sostuvo:

“Es claro entonces que la precitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. || Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1º de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361, es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%. [...] Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada”.

Esta posición se ha reiterado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, por ejemplo, en las sentencias del 25 de marzo de 2009 (Radicado 35606), del 3 de noviembre de 2010 (Radicado 38992) y del 28 de agosto de 2012 (Radicado 39207).

Pues bien, en el caso de marras, se allegó por parte del demandante el documento visible a folio 28-31 del expediente, en el que se registra que el actor fue diagnosticado con “lumbago no especificado”.

Además, en los folios 106, 107, 108, obran incapacidades médicas expedidas por la EPS del trabajador por un periodo de 2 días a partir del 28 de agosto de 2014, 2 días a partir del 07 de febrero de 2014, 2 días a partir del 16 de julio de 2014, en las que no se registra la enfermedad. No existe en el plenario prueba alguna que determine el grado de pérdida de capacidad laboral por parte de las entidades autorizadas legalmente para ello. Por lo que, bajo los parámetros sentados por la CSJ, el actor no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia citada. Y como no cumple los supuestos de titularidad, no puede reclamar el derecho de la estabilidad laboral reforzada.

Ahora bien, por otra parte, teniendo en cuenta la emblemática sentencia SL 1360 de 2018, de la CSJ, la Sala entiende que el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe redirigirse. En esa sentencia la CSJ parte del análisis de la Ley 361 de 1997 y la Ley 1618 de 2013, a través de las cuales se establecen reglas, medidas de inclusión, acciones afirmativas y ajustes institucionales encaminados a garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Y busca armonizar su doctrina con la sentencia C 531 de 2000 de la Corte Constitucional. Para la CSJ en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.

De forma literal la SL reconduce su doctrina desde la perspectiva que se enervan los derechos del artículo 26 de la ley 361 de 1997 cuando *“el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”*.

Así las cosas, si eventualmente se aceptara la titularidad del derecho del actor, sus pretensiones no podrían concederse, por cuanto entendemos que la terminación del vínculo se fundó en la expiración del plazo pactado, ya que éste conocía desde el 03 de junio de 2014 que el contrato de trabajo no sería prorrogado más allá del 20 de octubre de 2014.

Se advierte que el contrato de trabajo que inicialmente se pactó por obra o labor contratada, fue modificado mediante otrosí del 1 de abril de 2013, donde se modificó la duración y se pactó por una duración de 142 días (FI277) que inició el mismo día 1 de abril de 2013 hasta el 20 de agosto de 2013, luego se prorrogó en forma automática por primera vez del 21 de agosto de 2013 hasta el 9 de enero de 2014, luego se prorrogó por segunda vez del 10 de enero de 2014 hasta el 31 de mayo de 2014, y se prorrogó una tercera y última vez desde el 1 de junio de 2014 hasta el 20 de octubre de 2014. A folio 286 aparece el preaviso de fecha 3 de junio de 2014 donde se le informa al demandante que su contrato no se prorrogaría y finalizaría el 20 de octubre de ese mismo año.

Ello teniendo en cuenta los planteamientos de la CSJ en sentencia del 15 de octubre de 2015 reiterados en la SL 5215 de 2019 en las que se dijo que *“la garantía reclamada procede exclusivamente para las personas que*

presenten afectaciones físicas psíquicas o sensoriales en los grados requeridos, conforme a la regulación vigente para la época, y no para las que padezcan cualquier tipo de discapacidad, ni menos aún, para quienes simplemente se hallen en incapacidad o con algún diagnóstico por afecciones de salud, por lo tanto, al tratarse de una garantía excepcional a la estabilidad, no puede el juez extenderla de manera automática para eventos no contemplados en la mencionada norma”.

Lo anterior, nos lleva a la conclusión de que la voluntad de no prórroga del contrato o la terminación del mismo no puede enrostrarse la ejecución de actuaciones discriminatorias o inferirse que la terminación estuvo motivada en la situación de salud que alega el actor, pues para la fecha en que se notificó al demandante el preaviso de terminación y la misma finalización de su contrato de trabajo, este no se encontraba incapacitado.

Alega la apoderada en su apelación, que debe tenerse en cuenta el documento obrante a folio 105 del expediente, que consta de un acta de reincorporación laboral del demandante de fecha 18 de julio de 2014 en el cual se le establecen ciertas restricciones en sus funciones, sin embargo, dicha restricciones fueron temporales por 30 días, y no existe prueba alguna de que posteriormente se le hayan vuelto a formular al demandante.

(Estabilidad ocupacional reforzada en la CC)

Ahora, por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia T 284 de 2019 adujo que la estabilidad ocupacional reforzada es la concreción de diferentes mandatos contenidos en la Carta, para proteger a aquellas personas susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral y que se concreta en gozar de la posibilidad de permanecer en su empleo, a menos que exista una justificación no relacionada con su condición.

En la sentencia SU 049 de 2017, la Corte unificó tres puntos fundamentales que sobre el tema habían sostenido de forma diversa sus salas de revisión.

En primer lugar, desde una perspectiva conceptual adujo *“el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda”.*

En segundo lugar, en cuanto al alcance del derecho espeto que también era aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios.

Y, en tercer lugar, en cuanto a las sanciones por su afectación, adujo que la violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar (también) a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, en cuanto a los presupuestos de protección, en la sentencia T 284 de 2019 la Corte Constitucional estimó que la protección constitucional

dependerá siempre de que (i) se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades; (ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido; y (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación.

Pues bien, en la doctrina de la Corte Constitucional se exige, en lo concerniente a la titularidad del derecho, que esté probado que la situación de salud “le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”.

Así, los parámetros fijados por la CC resultan más amplios e informales que los de la CSJ, sin embargo, a contra punto, le otorgan al juez un mayor marco de apreciación y de decisión, y a la parte actora, cargas procesales y probatorias más intensas.

Bajo esta óptica la Sala resalta que no cualquier afectación de salud puede dar lugar a la titularidad del derecho, aún en la doctrina de la Corte Constitucional, pues, literalmente y de forma diáfana la Corte Constitucional resalta y cualifica que la situación de salud debe IMPEDIR O DIFICULTAR SUSTANCIALMENTE el desempeño de sus labores. La Corte cuando establece el adverbio “sustancialmente” tiene por finalidad calificar y cualificar el grado de dificultad que le presupone la afectación de salud a quien pretenda asirse al derecho. Entonces, a contrario sensu, libera de la protección las afectaciones de salud que no impidan trascendentalmente el ejercicio de las labores regulares.

Desde esta perspectiva, conforme al artículo 164 del CGP, el actor tenía la carga de probar que la afectación le dificultaba sustancialmente el ejercicio de sus actividades en condiciones regulares.

La Sala estima que esa carga no se cumplió, las afecciones de salud del actor, no fueron verificadas dentro del proceso como una situación de salud que al actor le dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores, como bien se analizó de los documentos allegados por el demandante, que conocía que su contrato no sería prorrogado desde el mes de junio de 2014, y que dejaría de laborar hasta el 20 de octubre de ese mismo año, y que si bien obra dentro del expediente unas recomendaciones laborales, pues se observan en el acta de reincorporación, las mismas fueron con ocasión a la remisión que hizo CBI a la EPS el día 16 de julio de 2014, tal y como se prueba a folio 63 del expediente, es decir, después de que CBI Colombiana S.A. le notificara el preaviso de terminación de su contrato de trabajo, y dicha recomendaciones fueron solo por 30 días, por lo cual a la fecha de la finalización del contrato el día 20 de octubre de 2014 no se encontraban vigentes, y tampoco se observan incapacidades desde el mes de agosto de 2014.

En síntesis, el demandante no tiene derecho a lo reclamado en la demanda, por cuanto: (argumento literal) no se probó que el actor al momento de la desvinculación tuviese una pérdida de la capacidad laboral superior al 15%,

o que las afecciones le impidieran sustancialmente el desarrollo de sus actividades; (argumento a contrario sensu) entonces, si no se verifican los supuestos referidos jurisprudencialmente, no es viable que opere el fuero por salud; (reducción al absurdo) si se protege cualquier clase de afección de salud, esto conllevaría que los contratos fueren perenes, se afectaría la rotación laboral, la autonomía de la voluntad y la iniciativa privada; (argumento finalista) la teleología del artículo 26 de la ley 361 de 1997, es proteger a las personas de discriminaciones en el ámbito laboral, luego cuando no se verifican tales situaciones discriminatorias dicho fuero no entra a operar; (argumento de exigibilidad) además, sólo cuando el empleador conoce del estado de salud y específicamente sobre cualquier limitación que le impida al trabajador prestar sus servicios en condiciones normales, es que su conducta es reprochable, entonces, si ello no ocurre porque del accidente laboral no ocurrieron secuelas, no puede reprochársele su conducta; (argumento consecuencialista) y otorgar la protección reclamada en el presente asunto, traería consecuencias adversas al empleador, pues se le estaría imponiendo una restricción desproporcional que no tiene el deber jurídico de soportar y se limitarían sus facultades de dirección y gestión empresarial.

No se observa que la terminación objetiva o legal del contrato obedeciera a situaciones discriminatorias, toda vez, que el demandante no se encontraba disminuido en su capacidad laboral.

Por tanto, se CONFIRMARÁ este aspecto de la sentencia de primera instancia.

Bonificación HSE / Pacto de exclusión salarial.

A efectos del segundo cuestionamiento deberá establecerse: (i) cuál es el alcance o entendimiento que debe dársele al artículo 128 del CSTSS luego de la modificación introducida por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, (ii) y si la facultad otorgada en dicha norma es absoluta o si por el contrario tiene limitaciones, y en qué consisten estas.

Al respecto, en un caso semejante en el que se dilucidó el mismo tema de la bonificación de Asistencia HSE de CBI, puntualmente dentro del proceso ordinario laboral de LEONAR DELGADO RUÍZ contra CBI COLOMBIANA S.A., radicación 13000-31-05-002-2014-00247-02, el 22 de septiembre de 2020, se fijó el siguiente criterio:

DE LA HERMENÉUTICA QUE HA HECHO LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A LOS PACTOS DE EXCLUSIÓN SALARIAL

Según el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante CSTSS), modificado por el 14 de la Ley 50 de 1990, constituye salario no sólo la “remuneración ordinaria, fija o variable”, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o

denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

El 128 en la versión de la misma Ley 50 estipula, que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación en 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.

En la segunda parte del anterior dispositivo, la reforma de 1990 introduce el polémico concepto de exclusión salarial, o desalarización, así:

Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u 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 especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

A renglón seguido evocaremos los diferentes pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral desde el año 1993, casi tres años después de la reforma, hasta el 2020.

El primero se hizo el 12 de febrero de 1993, radicación 5481, magistrado ponente HUGO SUSECUN PUJOLS, la cual se constituye en la sentencia **hito** de la línea.

Dijo la Corte:

Los artículo 127 y 128 del CST, en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de Ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto constituye salario, ya no lo es en virtud de la disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.)

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que

legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores **no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter.** El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado **beneficio o auxilio extralegal**, a pesar de su carácter **retributivo** del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones. Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo.

Antes de avanzar, es querer de esta Sala de Decisión denotar que desde el principio la Corte advirtió en este fallo fundacional, sin explicitación, herméticamente, que son dos (2) los pagos que se pueden desalarizar. Unos que tienen naturaleza salarial pero que no pierden ese carácter por virtud del pacto de exclusión, y otros, los beneficios o auxilios, extralegales, retributivos de trabajo.

(...)

(...)

(...)

(...)

De la anterior línea jurisprudencial cimentada por la Corte Suprema respecto del artículo 128 del CSTSS, extractamos:

1. Que el pacto de exclusión salarial no implica quitarle tal carácter a un pago que constituye contraprestación directa del servicio.
2. Que tal posibilidad no se puede ejercer de manera absoluta.
3. Que desalarizar no significa quitarle naturaleza salarial a un pago que por esencia lo es. No obstante, (i) nada impide al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario, esto es que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter; (ii) o para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del salario, no tenga incidencia en la liquidación de prestaciones sociales.
4. Que tal pacto no puede atentar contra la remuneración mínima, vital, móvil, aquella que resulta proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

5. Que tampoco puede desatender el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones de trabajo (CP, art. 53).

En resumen, la lectura que le hacemos a la doctrina decantada por la Corte, y lo escribimos en mayúsculas, es la que sigue:

NO SE PUEDE DESALARIZAR LO QUE CONSTITUYE CONTRAPRESTACIÓN DIRECTA DEL SERVICIO PRESTADO, LO QUE POR ESENCIA ES SALARIO.

EXISTEN PAGOS QUE SE HACEN AL TRABAJADOR, QUE NO OBSTANTE SU NATURALEZA SALARIAL Y SIN QUE PIERDAN TAL CARÁCTER, SE PUEDEN EXCLUIR PARA LIQUIDAR PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. ASÍ MISMO EXISTEN PAGOS (beneficios o auxilios otorgados en forma extralegal por el empleador), QUE ALCANZAN CONNOTACIÓN SALARIAL POR SU HABITUALIDAD, POR CONSTITUIRSE EN UN BENEFICIO SUYO, DE SU PROVECHO, PERO QUE NO LLENAN PLENAMENTE LO QUE ES EL NÚCLEO DE PUREZA DEL CONCEPTO DE SALARIO; ESTÁN ATADOS, DEPENDEN, FLUYEN, TIENEN SU VENERO EN EL TRABAJO PRESTADO, CABALGAN EN SENTIDO CONTRARIO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PORQUE LO RETRIBUYEN.

Ahora bien, creemos que la Corte ha hecho su mayor esfuerzo para definir qué constituye contraprestación directa del servicio, sin embargo, habiendo advertido la redacción desafortunada del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, como lo reconoce en la icónica radicación 5481, se ha quedado corta en su tarea de lograr plenitud epistemológica al no haber definido claramente cuándo un pago no es contraprestación directa, o cuál es la parte del salario susceptible de ser excluido como tal.

A juicio de esta Sala para poder entender y esclarecer este asunto es menester armonizar los artículos 127 y 128 del Código con otras normas del mismo sistema jurídico laboral, como son los artículos 1, 13, 14, 16, 18, 27, y 132.

Osamos como tribunal hacer este aporte recordando que el derecho es pensamiento aporético y trayendo a colación las “Memorables” de Jenofonte, en las que se cuenta la sorpresa de Sócrates por el hecho de que para aprender el oficio de zapatero o de carpintero, o de herrero o de escudero, o para domar un caballo o adiestrar un buey, se sepa en dónde encontrar un maestro, pero cuando se trata de la justicia, no se sepa a donde ir. Ver “¿Qué es la filosofía antigua?, Pierre Hadot, Fondo de Cultura Económica, México, año 2000, págs. 43 y 44.

Principiamos entonces esta explicación con el siguiente ejemplo, yendo al plano rotundo de los hechos.

Ubiquémonos en el sector de la industria automotriz.

Pedro y Juan trabajan en unas fábricas de automóviles, en el ensamblaje de carros, con distintos propietarios y empleadores.

El patrón de Pedro pacta contractualmente con él una “remuneración ordinaria”, **fija**, de un millón de pesos (\$ 1.000.000,00). El de Juan pacta una “remuneración ordinaria”, **variable**, de cien mil pesos (\$ 100.000,00) por carro ensamblado. Ambos tienen la misma jornada laboral de ocho (8) horas diarias, de lunes a viernes.

Para aumentar la producción estos empleadores tienen varias opciones, entre ellas aumentar las horas de trabajo día. En este caso Pedro aumentaría su salario percibiendo sobrerremuneraciones por horas extras diurnas y nocturnas, recargos por tiempo nocturno, dominicales y festivos. Juan ganaría también estas sobrerremuneraciones, dominicales y festivos, más \$ 100.000,00, por cada carro ensamblado. En ambos casos se trabajaría después de la jornada máxima convenida, durante la noche, domingos y festivos.

Ningún pago de los anteriores se puede desalarizar puesto que es claro que hacen parte del núcleo esencial del salario, son contraprestación directa.

Otra opción de los empleadores de Pedro y Juan, y aquí nos acercáramos al concepto que avizoramos como contraprestación indirecta, sería crear incentivos económicos para aumentar el número de unidades ensambladas dentro del marco de la jornada ordinaria de trabajo, de 8 horas, mediante el pago de “beneficios o auxilios”, que pueden ser “habituales”, pueden ser para el beneficio del trabajador, para subvenir a sus necesidades, para enriquecer su patrimonio, pero no para que desempeñe a cabalidad sus funciones, pero que pueden alcanzar, y alcanzan, connotación salarial, ya que retribuyen el servicio, son contraprestación, no ya de manera directa.

Éstos últimos pagos son los que se pueden desalarizar.

También se pueden incluir aquí, lo dice expresamente el 128 al final “alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios, de navidad”.

En nuestro sentir esos “beneficios o auxilios”, “habituales”, son contraprestación indirecta porque la directa ya está pagada con el \$ 1.000.000,00 que le entregan a Pedro por su “remuneración ordinaria”, **fija**, más horas extras diurnas, recargos nocturnos, dominicales y festivos, y con los \$ 100.000,00, que le dan a Juan por cada unidad ensamblada, como “remuneración ordinaria”, **variable**, más horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Pues bien, el derecho laboral y de la seguridad social constituye la almáciga más grande de los derechos constitucionales fundamentales, ya que tiene como principal oriflama la vida en condiciones de dignidad.

Véase que el derecho laboral y de la seguridad social tiene carácter de orden público porque las prerrogativas que concede son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley (CSTSS, art. 14). Por ser de orden público sus normas producen efecto general inmediato y aplicables a los contratos en curso (art. 16).

El derecho laboral también es un derecho de **mínimos**, ya que sus disposiciones contienen el mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, y no produce efecto alguno cualquier disposición que los afecte o desconozca (art. 13).

Para la interpretación de sus normas debe estarse a la finalidad expresada en el artículo 1, el de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social (art. 18).

No obstante, los derechos laborales también pueden acabarse o ser susceptibles de que se le pongan límites, cortapisas.

Por ejemplo, el empleador puede terminar unilateralmente el contrato de trabajo, cuando a bien lo tenga, en cualquier momento, debiendo indemnizar al trabajador (CSTSS, art. 64 (L. 789/2002)).

En cuanto a los límites, éstos pueden darse de común acuerdo, y son perfectamente válidos.

Por ejemplo, el empleador puede contratar por horas, por lapsos inferiores a la jornada máxima de 8 horas. Esto fue posible con la reforma que la Ley 50 de 1990 le hizo al artículo 147 del Código.

El empleador puede pactar con el trabajador que gane un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto vacaciones.

Lo anterior está contenido en la segunda parte del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, que modificó el 132 del Estatuto Laboral del sector privado en Colombia.

Y es a propósito de la primera parte del anterior cartabón legal la que nos permite elucidar la incerteza de qué es lo que realmente se puede desalarizar.

Esa primera parte expresa:

ART. 132. Subrogado L. 50/90, art. 18. FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACIÓN. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales. (Subrayas nuestras).

Pues bien, esta Sala advierte al rompe y a guisa de ejemplo, que esta libertad de estipulación del salario en sus diversas modalidades es la que permite, a renglón seguido, en la segunda parte de ese artículo 132, al trabajador renunciar a todo ese elenco de derechos laborales que allí se señalan.

Misma libertad de estipulación salarial que posibilita la fijación de una “remuneración ordinaria, fija o variable”, que debe ser respetada, así como debe también respetarse el salario mínimo legal mensual.

Esta “remuneración ordinaria, fija o variable”, es lo que el Código denomina salario **ordinario**.

Todo el salario ordinario, en un ciento por ciento, es contraprestación directa del servicio y no se puede desalarizar.

Entonces, tanto vale no desalarizar el salario mínimo legal mensual, como el salario que libremente se estipule, como “remuneración ordinaria, fija o variable”.

Fíjese, y vamos avanzando en el esclarecimiento del tema, que lo que se establece como salario en especie dentro del total del salario mínimo legal (hasta el 30%), y dentro de la “remuneración ordinaria, fija, o variable”, no se puede desalarizar. Únicamente se podrá desalarizar el valor del salario en especie que esté por encima, o por fuera de los anteriores conceptos.

En esta misma línea, no se puede desalarizar el valor correspondiente a horas extras diurnas, recargo por tiempo nocturno, horas extras nocturnas, dominicales y festivos, porque es trabajo dependiente que debe ser remunerado (CSTSS, art. 27), porque se trata de más tiempo trabajado, de un hacer adicional, de más horas de trabajo físicamente laboradas, que deben recibir “contraprestación directa.” Así tampoco los porcentajes sobre ventas o comisiones, cualquiera que sea su monto, por idénticas razones.

Entonces, hilando como venimos, todo trabajo efectivamente prestado recibe como contraprestación directa, por libre estipulación de empleador y trabajador una “remuneración ordinaria, fija o variable”, que el Código

denomina salario ordinario (CSTSS, arts. 173, 192). Y todo trabajo “efectivamente prestado” por fuera de la jornada máxima legal o convenida deberá recibir como contraprestación directa, porque es trabajo realizado en la práctica, sobrerremuneración por horas extras diurnas, recargos por tiempo nocturno, horas extras nocturnas, dominicales y festivos.

Por ende, como el trabajo efectivamente prestado ya fue pagado, ya recibió su contraprestación directa con lo percibido por salario ordinario, y por las sobrerremuneraciones derivadas de tiempo suplementario, trabajo nocturno, trabajo en dominicales y festivos, sólo es susceptible de ser desalarizado lo que se perciba el trabajador, le caiga, por encima de estos mínimos de la ley, como por ejemplo, alimentación, habitación, vestuario, primas extralegales, de vacaciones, de servicios, de navidad, y los pagos extralegales “habituales”, que benefician al trabajador, enriquecen su patrimonio, subvienen a sus necesidades.

Contraprestación directa es pues el pago de lo que se hace, de lo hecho, de la transmisión efectiva de fuerza de trabajo, es correlación necesaria de lo que se debe por lo que se hace.

Corolario entonces de todo lo expuesto aquí en precedencia, conforme con la hermenéutica sistemática que hace la Sala a los artículos 127, 128 y 132, en armonía con los artículos 1, 13, 14, 16, 18 y 27, todos del CSTSS, se pueden desalarizar:

1. Pagos que constituyen contraprestación directa pura del servicio, representados en alimentación, habitación y vestuario, por permitirlo expresamente el legislador laboral, al final del 128, y;

2. Pagos que constituyen contraprestación indirecta del servicio, por cuanto el trabajo efectivamente prestado ya recibió su contraprestación directa, representada en el salario ordinario, y, se itera, por las sobrerremuneraciones derivadas de tiempo suplementario, trabajo nocturno, trabajo en domingos y festivos, en porcentajes por ventas y comisiones. Esta contraprestación indirecta siempre será extralegal, por encima de los “mínimos” de ley, y se insertan en la segunda parte del artículo 128 actual, que reza “(...) ni los beneficios o auxilios habituales ... otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario (...)”. Hemos resaltado.

Finalmente, en este orden de ideas véase que el salario en especie puede obrar doblemente, (i), como contraprestación directa del servicio, por ministerio de la ley, porque el artículo 129 expresamente dice que constituye salario en especie “(...) aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente ...”, (ii) como pago susceptible de exclusión salarial, por voluntad de las partes.

Los “beneficios o auxilios”, inclúyase bonificaciones, otorgados por el empleador, o convenidos por las partes, son siempre de nivel extralegal y

adquieren connotación salarial cuando son “habituales”, permanentes. Son *per se* pasibles de ser desalarizados.

Los ocasionales son el ejemplo típico de lo que no es salario (128) y es ininteligible porque el legislador los incluyó en la segunda parte de la misma disposición, salvo que sea para desalarizar, por descarte o por si acaso.

Por supuesto que cabe incluir como pago susceptible de exclusión salarial, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios, de navidad, por cuanto por pacto o convención colectiva pueden obtener tal dimensión.

Y así terminamos esta elucubración recordando a Borges cuando dice que el único texto definitivo es el texto sagrado, que en lo demás siempre haremos borradores.

Del caso concreto

(...)

En el caso en ciernes, no existe controversia en torno a que el “Bono de asistencia o Bonificación por Asistencia” fue ofrecido por CBI al accionante, de acuerdo con la Cláusula Cuarta del contrato de trabajo, explicándosele al trabajador sus condiciones, las cuales fueron aceptadas de forma voluntaria, ya que en la demanda nunca se alegó la existencia de un vicio en el consentimiento.

Pues bien, a folios 13 a 21 del expediente milita copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en cuya cláusula cuarta se estableció una remuneración mensual que estaría conformada por dos factores: por un lado un salario ordinario, que para la fecha de la liquidación del contrato ascendía a \$ 1.660.586,00, y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada que para la misma fecha valía \$ 747.273,00 (fl. 62), pero que había empezado al firmarse el contrato en \$ 1.307.847,00 y \$ 588.541,00 (fl. 13), respectivamente.

En la referida cláusula se dispuso que tal bonificación dependería de “(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).” Hemos resaltado.

Más adelante se señala que dicha bonificación “(...) no hace parte de la remuneración ordinaria. En consecuencia, esta bonificación no integrará la base de liquidación de ninguna acreencia que tenga como referencia la remuneración o salario ordinario, específicamente, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en

tiempo; mientras que será tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales -cesantías, intereses y primas de servicios-, aportes a seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero”.

En este orden de ideas y conforme con lo hilvanado argumentativamente en esta providencia, esta bonificación constituyen contraprestación indirecta del servicio, por cuanto el trabajo efectivamente prestado ya recibió su contraprestación directa, representada en el salario ordinario, y, se itera, por las sobrerremuneraciones derivadas de tiempo suplementario, trabajo nocturno, trabajo en domingos y festivos. Es contraprestación indirecta, extralegal, por encima de los “mínimos” de ley, y se insertan en la segunda parte del artículo 128 actual, que reza “(...) ni los beneficios o auxilios habituales ... otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario (...)”.

Se trata de “beneficios o auxilios”, otorgados por el empleador, o convenidos por las partes que adquieren connotación salarial cuando son “habituales”, permanentes. Son *per se* pasibles de ser desalarizados.

Es claro para el Tribunal, como lo dice la apoderada de CBI en su contestación de demanda, que el susodicho pago no tenía su causa próxima e inmediata en el trabajo que hiciera o dejara de hacer el trabajador, sino que estaba sometida a la ocurrencia de hechos enteramente inciertos y ajenos a la voluntad y al trabajo mismo del trabajador, como lo eran las ausencias de “fatalidades”, o con cuestiones previas a la prestación personal del servicio, como “llegar, o llegar a tiempo”.

Y en cuanto a la preocupación de primera instancia respecto de la supuesta incoherencia por su doble carácter, esto es, a la vez, factor salarial para liquidar unos derechos y otros no, la Sala responde que quien puede lo más puede lo menos, es decir, que el empleador, respecto de un pago desalarizable en su totalidad, como ha quedado explicado en este fallo, puede optar también para exclusiones en menor medida o parcelables.

Este pacto, a la luz del entendimiento que le hemos dado al sistema jurídico laboral, es totalmente eficaz, ya que se trataba de un pago extralegal que está por encima y por fuera de la “remuneración ordinaria, fija ...”, o salario ordinario, en términos constitucionales, “remuneración mínima, vital y móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”, como lo dice la sentencia 64.255, del 17 de julio de 2019.

Limitar la posibilidad de que las partes efectúen este tipo de convenios siempre y cuando no se violenten los “mínimos” de ley, impediría que los empleadores concedieran prerrogativas superiores a las legales y cercenaría el derecho a la libre estipulación del salario en sus diversas modalidades (132).

Claro está, no puede perderse de vista que la eficacia de estos pactos depende del análisis de las condiciones de cada caso en particular y de las pruebas traídas al proceso.

Se concluye pues que la bonificación establecida en la cláusula cuarta del contrato de trabajo suscrito entre los litigantes es *per se* susceptible del pacto de exclusión salarial, ...

En relación con el Incentivo a la Productividad del Proyecto caben las mismas razones anteriores para hacerlo también susceptible de desalariación, ya que depende de un factor de productividad igual o superior al 0.7 y que el trabajo durante las diferentes jornadas durante ese mes se haya adelantado sin interrupción o disturbios constatados por el Ministerio del Trabajo.

(...)

Ahora sí, veamos el caso de CLEVER ROMERO DIAZ, o, caso concreto, o, presente caso

El criterio precedente, se reitera, el fijado en el fallo de LEONAR DELGADO RUÍZ contra CBI COLOMBIANA S.A., radicación 13001-31-05-002-2014-00247-02, proferido el 22 de septiembre de 2020, se aplicará por vía analógica al presente caso dado que, como se verá renglones abajo, se trata del mismo patrón fáctico.

Por tanto, esta Sala de Decisión rectifica cualquier criterio dado en sentido contrario.

Conviene agregar que ya la CSJ, Sala de Casación Laboral, tuvo oportunidad de tocar el tema de la bonificación de asistencia HSE de CBI, precisamente en el caso de OSMIRO CASTILLO MARRUGO, dentro del cual, si bien es cierto se llegó a la misma conclusión nuestra, de que el pacto de exclusión salarial es válido en estos casos, pero con una argumentación que no coincide totalmente con la del Despacho, se interpuso tutela contra este Tribunal por dicha decisión adversa a sus intereses.

En la radicación STL11582 de 2020 la alta corporación a través de su Sala de Casación Laboral adocrinó que la posición fijada por este Tribunal en el referido evento no resultaba “**descabellada**”, antes por el contrario estimó que la misma “**se edificó en el acervo probatorio, las normas sustanciales que regulan el asunto y la jurisprudencia asentada por esta 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 ente las parte 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". Negrilla fuera del texto original.

Pues bien, en el presente caso, o caso en ciernes, no existe controversia en torno a que el "Bono de asistencia o Bonificación por Asistencia" fue ofrecido por CBI al accionante, de acuerdo con la Cláusula Cuarta del contrato de trabajo, explicándosele al trabajador sus condiciones, las cuales fueron aceptadas de forma voluntaria, ya que en la demanda nunca se alegó la existencia de un vicio en el consentimiento.

Obsérvese que a folios 14-22 del expediente milita copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en cuya Cláusula Cuarta se estableció una remuneración mensual que estaría conformada por dos factores: por un lado un salario ordinario, que para la fecha de la liquidación del contrato ascendía a \$1.947.100 y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada que para la misma fecha valía \$878.195 (fl. 302), pero que había empezado al firmarse el contrato en \$1.376.910 y \$619.620 (fl. 17), respectivamente.

En la referida cláusula se dispuso que tal bonificación dependería de "(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)."

Más adelante se señala que dicha bonificación "(...) *no hace parte de la remuneración ordinaria. En consecuencia, esta bonificación no integrará la base de liquidación de ninguna acreencia que tenga como referencia la remuneración o salario ordinario, específicamente, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo; mientras que será tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales -cesantías, intereses y primas de servicios-, aportes a seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero*".

En este orden de ideas y conforme con lo hilvanado argumentativamente en esta providencia, esta bonificación constituye contraprestación indirecta del servicio, por cuanto el trabajo efectivamente prestado ya recibió su contraprestación directa, representada en el salario ordinario, y, se itera, por las sobre remuneraciones derivadas de tiempo suplementario, trabajo nocturno, trabajo en domingos y festivos. Es contraprestación indirecta, extralegal, por encima de los "mínimos" de ley, y se insertan en la segunda parte del artículo 128 actual, que reza "(...) ni los *beneficios o auxilios habituales* ... *otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario* (...)".

Se trata de "beneficios o auxilios", otorgados por el empleador, o convenidos por las partes que adquieren connotación salarial cuando son "habituales", permanentes.

Tales "beneficios o auxilios" son *per se* pasibles de ser desalarizados.

Es claro para el Tribunal, que el susodicho pago no tenía su causa próxima e inmediata en el trabajo que hiciera o dejara de hacer el trabajador, sino que estaba sometida a la ocurrencia de hechos enteramente inciertos y ajenos a la voluntad y al trabajo mismo del trabajador, como lo eran las ausencias o retiros injustificados.

Y aclara la Sala que quien puede lo más puede lo menos, es decir, que el empleador, respecto de un pago desalarizable en su totalidad, como ha quedado explicado en este fallo, puede optar también para exclusiones en menor medida o parcelables.

Se reitera, que este pacto, a la luz del entendimiento que le hemos dado al sistema jurídico laboral, es totalmente eficaz, ya que se trataba de un pago extralegal que está por encima y por fuera de la “remuneración ordinaria, fija ...”, o salario ordinario, en términos constitucionales, “remuneración mínima, vital y móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”, como lo dice la sentencia 64.255, del 17 de julio de 2019.

Repetimos: Limitar la posibilidad de que las partes efectúen este tipo de convenios siempre y cuando no se violenten los “mínimos” de ley, impediría que los empleadores concedieran prerrogativas superiores a las legales y cercenaría el derecho a la libre estipulación del salario en sus diversas modalidades.

Claro está, no puede perderse de vista que la eficacia de estos pactos depende del análisis de las condiciones de cada caso en particular y de las pruebas traídas al proceso.

Sobre este punto conviene traer a colación el recientemente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia SL 2018 de 2021, en donde se ventiló la naturaleza salarial del denominado “bono de asistencia”, y decidió no casar la sentencia que había resultado a favor las pretensiones del demandante y que son semejantes a las aquí dilucidadas, sin embargo, dicho pronunciamiento no contiene el mismo patrón factico de la presente acción. En similar sentido lo sostuvo la Sala 3° de decisión de este Tribunal, de la cual hace parte el suscrito dentro del proceso 13001-31-05-002-2015-00338-01 promovida por Fredy José Escobar Castillo contra CBI:

“Aunado a ello, se tiene que en la sentencia SL2018, la Corte se limitó a indicar que el estudio probatorio efectuado por el Tribunal Superior de Cartagena, y que había llevado a concluir que el bono de asistencia era salario, era acertado, sin entrar a realizar un estudio más profundo sobre el pacto de exclusión, y la posibilidad que tenían las partes de restarle incidencia salarial a un bono única y exclusivamente regulatorio de trabajo suplementario, y donde sobradamente probado está nunca se desconoció la remuneración mínima, vital, móvil y claramente resulta “proporcional a la cantidad y calidad del trabajo” (sentencia del 17 de julio de 2019 radicación No 64255), debido a que el recurso de casación solo se centró en el punto atinente a si el bono retribuía o no el servicio y no hubo, un verdadero

ataque al núcleo íntegro de la problemática de estos casos, razón por la cual esta Colegiatura se mantiene en su posición.”

En relación con el incentivo de progreso y demás bonificaciones pactadas en los anexos del contrato de trabajo, Política salarial de Reficar y convención colectiva de trabajo, caben las mismas razones anteriores para hacerlos también susceptibles de desalarización.

Así las cosas, como quiera que la pretensión de la demanda era la reliquidación de diferencias insolutas, de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social, por la inclusión del bono de asistencia y demás factores, en la liquidación del trabajo suplementario, de dominicales y festivos, y dado que esta Sala ha concluido que esa exclusión tuvo como fundamento un pacto de desalarización que es eficaz, no hay lugar a las súplicas de la demanda y en tal sentido se confirmará también este aspecto de la sentencia de primer grado.

Por sustracción de materia, no se tocará el tema de la indemnización moratoria.

Costas a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de tres (3) salarios mínimos legales mensuales.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral de este Circuito Judicial, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **CLEVER ROMERO DIAZ** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. Condenar en costas en esta instancia al extremo demandante, se señalan como agencias en derecho la suma de tres (3) SMLMV, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO. Reconocer personería al Dr. SEBASTIÁN JIMÉNEZ OROZCO como apoderado principal y a la Dra. SARA URIBE GONZÁLEZ como apoderada sustituta de CBI COLOMBIANA S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

Esta sentencia queda legalmente notificada por medio electrónico y se dispone el envío del expediente al Juzgado de origen, una vez se encuentre ejecutoriada.

NOTIFÍQUESE

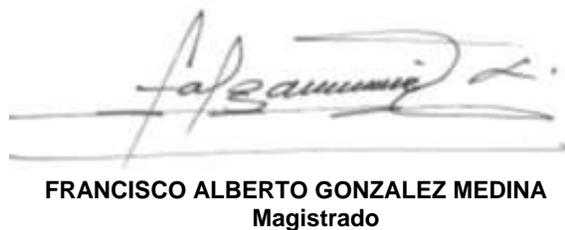
Los Magistrados,



LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado ponente



CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
Magistrado Sala Laboral



FRANCISCO ALBERTO GONZALEZ MEDINA
Magistrado

Firmado Por:

Luis Javier Avila Caballero
Magistrado
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**6315a1a855a25cb9b7458b3c71f83568d37ca6a4209f6afabb4c92e95cdf05
8b**

Documento generado en 30/03/2022 10:08:04 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>