

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



I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Tipo de Proceso	ORDINARIO LABORAL
Radicado	13001-31-05-005-2015-00494-01
Demandante	JOSE ANIBAL DIAZ CONTRERAS
Demandado	CBI COLOMBIANA S.A.
Magistrado Ponente	CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS

En Cartagena a los veinte (20) días del mes de mayo 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: **JOSE ANIBAL DIAZ CONTRERAS** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**, radicación única **13001-31-05-005-2015-00494-01**, 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 3 de junio del 2021, notificada por estado No 93 del 4 de junio del 2021, el cual se encuentra debidamente ejecutoriado.

II. OBJETO

El objeto de esta sentencia es resolver el recurso de apelación interpuestos por la parte demandante contra la sentencia del 23 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante la cual declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la entidad CBI COLOMBIANA S.A., desde el 2 de mayo de 2012 al 30 de marzo de 2015; absolvió a CBI COLOMBIANA S.A de todas las pretensiones; costas a cargo de la parte demandante, fija agencias en derecho en 1 SMLMV.

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 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.

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



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 entre el demandante y CBI COLOMBIANA S.A, existió un contrato de trabajo, desde el 2 de mayo del 2012 al 30 de marzo de 2015; se declare que REFICAR S.A, es solidariamente responsable de las condenas que se impongan; se declare que la empresa desconoció el derecho a la igualdad al asignarle el cargo, las funciones de un oficial y pagar un salario inferior; se condene al pago de la nivelación salarial y al pago de la indemnización por despido injusto; se declare que la empresa desconoció el orden legal al excluir como factor salarial el valor de la bonificación de asistencia y el bono de productividad; se condene al pago de las diferencias dejadas de pagar al trabajador como consecuencia de la reliquidación de prestaciones sociales, trabajo suplementario, dominical y festivo; se condene a reliquidar los aportes a seguridad social; se condene al pago de la indemnización moratoria; se condene a la indexación; costas y agencias en derecho.

Hechos

Fundó sus pretensiones en dieciocho (18) hechos, siendo los más relevantes que el demandante fue trabajador de CBI COLOMBIANA S.A, desde el 2 de mayo de 2012 al 30 de marzo de 2015, desempeñándose como ayudante de tubero; que el contrato fue modificado a término fijo inferior a un año, por 120 días; que la empresa dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral e injusta; que para la fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo, no había terminado la obra o labor contratada; que al momento de la terminación el demandante había adquirido el derecho a que su contrato fuera prorrogado; que de acuerdo con la certificación anexada la remuneración estaba compuesta por un componente denominado salario básico y otro denominado bonificación de asistencia; que la

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



empresa no incluyo el bono de asistencia; que la empresa no tuvo en cuenta la totalidad de todos los factores salariales.

Contestación de la demanda

Mediante auto de fecha 19 de octubre de 2015 (folio 114), se admitió la demanda y se ordenó correr traslado a la parte demandada así:

CBI COLOMBIANA S.A.: Visible a folio 187 al 202 del expediente. Manifestó que los hechos 1,2, 4,5 son ciertos. Que los hechos 3,7,9,10,11,12,13,14,15,16,17 y 18 no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, prescripción y genérica.

V.DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, profirió sentencia el 23 de marzo de 2018, mediante la cual declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la entidad CBI COLOMBIANA S.A., desde el 2 de mayo de 2012 al 30 de marzo de 2015; absolvió a CBI COLOMBIANA S.A de todas las pretensiones; costas a cargo de la parte demandante, fija agencias en derecho en 1 SMLMV.

ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA: Manifestó el aquo que en el proceso quedó ampliamente demostrada con las pruebas documentales arrimadas al mismo y con la aceptación que hiciera la parte demandada CBI que la vinculación se dio inicialmente por un contrato de obra y labor determinada y modificado posteriormente mediante un contrato a término fijo, razón por la cual declaro la existencia del contrato de trabajo.

En cuanto a la nivelación salarial, encontró acreditado que se pagaba acorde con el cargo asignado, en consecuencia no existen elementos de juicio para determinar una desigualdad salarial en relación con un cargo de un oficial, sumado al hecho de que con el testimonio de Guillermo Buelvas Barrios, tampoco obtuvo un conocimiento de cuál era la remuneración otorgada al demandante, luego entonces de su versión jurada, no se deriva que el demandante tuviere asignado un cargo superior al que se le estableció en el contrato de trabajo y que tuviera una asignación mensual diferente o inferior al que le correspondía, de igual forma manifestó que no se le dio la oportunidad desempeñar el cargo de oficial, en consecuencia si el mismo testigo traído por el demandante está afirmando que no se le dio la oportunidad de desempeñar el cargo de oficial, no puede pretender en esta demanda que se le nivele el salario al cargo de oficial.

En lo que a la indemnización por despido injusto, preciso que el contrato inicialmente fue por obra o labor; que posteriormente de común acuerdo cambio a un contrato a término fijo y vemos que la empresa le pasó la carta de no renovación conforme lo preceptúa el artículo 46 del CST en fecha 15 de diciembre del 2014 conforme se eleva en el folio 30, se le comunicó al demandante que su contrato no le sería prorrogado, en consecuencia terminaría el 30 de marzo de 2015, lo que indica que para su terminación se le dio el aviso con no menos 30 días de antelación cumpliendo así lo normado en el artículo 46 del CST por lo tanto, no es procedente declarar que el despido fue sin justa causa, por cuanto lo prevé el artículo 61 CST debiéndosele negar esta pretensión.

También absolvió a la demandada en cuanto a la pretensión relativa a las diferencias salariales teniendo en cuenta las bonificaciones de asistencia y de productividad, pues en el contrato de trabajo, en la cláusula 4ta, se pactó como sería la remuneración por los servicios prestados, del cual se colige que tenía derecho a un salario básico y a un bono extralegal, además en la cláusula 5ta del mismo

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



contrato se estableció que esos bonos extralegales no constituían salario, igual situación se planteó en el anexo 1 dejando establecido que esas bonificaciones no tendrían incidencia salarial y se ampararon en la Ley 50 de 1990 artículo 15, en consecuencia no hay elemento de juicio para proceder a la reliquidación. Un trabajador puede devengar bonificaciones extralegales y aun cuando sean habituales si se pacta que no constituyen salario, así habrá de procederse, de igual forma no se ha acreditado en el plenario que el demandante hubiese sido presionado, coaccionado para suscribir esa cláusula adicional al contrato sino por el contrario, lo que se evidencia en el plenario fue un acuerdo libre de voluntades. En igual forma como no prospera las reclamaciones incoadas no procede condenas por conceptos de liquidación moratoria ni de la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 del 90, ni la indexación, así mismo no procede condena por concepto de reliquidación de horas extras, dominicales, compensatorio y recargo nocturno.

Por todo lo anterior absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

VI. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia el apoderado de la parte demandante, interpone y sustenta recurso de apelación así:

Aduce que para definir lo que es salario o lo que es factor salarial corresponde a la forma como en realidad desarrolló el vínculo laboral y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o lo excluya como tal, pues en principio, por regla general todo aquello que reciba el trabajador como prestación de sus servicios de manera directa y sin importar la denominación, es salario, en esta materia entonces la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral; que la Corte Suprema ha indicado que un pago es salario aun a pesar de pacto o disposición del empleador; que debe siempre debe mirarse la finalidad del pago o que objeto cumple este de cara a las funciones asignadas al trabajador.

Recordó que en casos similares el Tribunal ha confirmado que la bonificación de asistencia tiene carácter salarial y se ordena la reliquidación, considerando que se ha tenido en cuenta para la liquidación de prestaciones y con mucha más razón debe tenerse para liquidar el trabajo suplementario, no se encuentra ningún argumento de peso que haga la diferenciación entre el factor salarial para liquidar prestaciones y no para el trabajo suplementario, un pago no puede ser salario para unas cosas y no para otras.

Considera que aquí se encuentra acreditada la mala fe y por ello debe condenarse al pago de la indemnización moratoria contenida en los artículos 65 del CST.

Por último, respecto del incentivo de productividad aduce que este fue percibido siempre que se cumplieran las metas que fueron propuestas a su disciplina y a su cuadrilla, no se entregan gratuita o libre toda vez que respecto del bono de asistencia este se encuentra establecido en el contrato de trabajo y segundo el incentivo de productividad también está establecido vía otrosí lo cual hacía posible su exigibilidad una vez cumplido los requerimientos para su devengo, y el tercer punto es que acrecientan los ingresos del trabajador ya que se pagaba directamente por la nómina y este podía disponer al arbitrio de lo cancelado, adicional que no se establecía requisitos adicionales para el pago de estos devengos.

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

- Artículo 65, 127, 128 del CST

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



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) determinar la incidencia salarial de la bonificación de asistencia.

IX. ARGUMENTOS PARA RESOLVER

La controversia en esta instancia se decidirá de acuerdo a las pretensiones formuladas en la demandad.

Se encuentra probado que entre el demandante **JOSE ANTONIO DIAZ CONTRERAS y CBI COLOMBIANA S.A.**, existió un contrato de trabajo inicialmente de obra o labor determinada; que posteriormente fue modificado a un contrato a término fijo, desde el 2 de mayo de 2012 al 21 de enero de 2015, para desempeñarse como ayudante de tubero. (folio 12 -26).

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 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.”*

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



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 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.

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



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 acompasa 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 con la demanda visibles a folio 34 al 58 del expediente; 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.

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



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. (Negrillas 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. REFCAR 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 confirma la sentencia.

INCENTIVO DE PRODUCTIVIDAD

A folio 23 del expediente CBI COLOMBIANA S.A, reposa “OTRO SI” del contrato de trabajo, suscrito por el demandante, en donde se pactó el incentivo de productividad como un beneficio extralegal de naturaleza no salarial y estableció en su tenor literal *“el incentivo se reconocerá siempre y cuando, el factor mensual de la productividad de la disciplina en que el trabajador se haya desempeñado durante ese mes sea igual o superior a 0.7 y que el trabajo durante las diferentes jornadas durante ese mes se haya adelantado sin interrupción y disturbios constatados por el ministerio de trabajo”*.

De lo expuesto, se evidencia que el citado incentivo no constituye una contraprestación directa del servicio, al causarse por el esfuerzo grupal, específicamente por la producción igual o superior al 0.7% de los trabajadores pertenecientes a una misma disciplina, y no por la productividad individual de cada empleado. Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL4980-2018, explicó que cuando se perciba una remuneración por metas globales o grupales se descarta de plano la retribución directa del servicio, al exponer en su tenor literal *“el «beneficio por productividad» además de ser una mera liberalidad del empleador, al fundarse en un esfuerzo global y no individual del trabajador, de suyo, no retribuía el servicio.”*

Luego entonces, al no ser retributivo del servicio, resulta válido y vinculante para las partes el pacto de desalarización contenido en dicho otro sí, por adecuarse a una de las hipótesis del artículo 128 del CST, esto es, restar la incidencia salarial a un pago no retributivo del servicio, lo cual se revoca este tópico de la sentencia.

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



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 como en este caso el incentivo de productividad.

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

X. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, se fija a cargo de la parte demandante en derecho en la suma de ½ SMLMV. 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

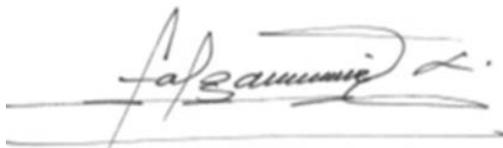
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha 23 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena en este proceso Ordinario Laboral de **JOSE ANIBAL DIAZ CONTRERAS** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, se fija a cargo de la parte demandante en derecho en la suma de ½ SMLMV. 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
(Aclaración de voto)