

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

PROCESO	Ordinario
RADICADO	13001-31-05-002-2018-00349-01
DEMANDANTE	ALDEMAR OSPINA PEREZ
DEMANDADO	CBI COLOMBIANA S.A. y Otros
LO QUE SE RESUELVE	Recurso de apelación
PROVIDENCIA	Sentencia
FECHA	05 de septiembre de 2019
JUZGADO DE ORIGEN	Segundo Laboral del Circuito de Cartagena
TEMA	Pacto de exclusión salarial / Bonificación HSE
MAGISTRADO PONENTE	LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO

Corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022), proferir sentencia escrita, dentro del marco de la emergencia sanitaria de Covid-19, en la modalidad de trabajo en casa, aprovechando las tecnologías de la información y las comunicaciones, en adelante TIC's, desde la dirección electrónica: [des05sltsbolivar@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:des05sltsbolivar@cendoj.ramajudicial.gov.co), dentro del Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia promovido por ALDEMAR OSPINA PEREZ, en contra CBI COLOMBIANA S.A.y Otros, con radicación 13001-31-05-002-2018-00349-01.

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 de 5 y 27 de junio del año 2020 el Consejo Superior de la Judicatura determinó que la suspensión de términos ordenadas a partir de 16 de marzo de 2020 (ACUERDO PCSJA20-11517) llegaría a su fin el uno (1) de julio de ese mismo año, y para la prestación del servicio se establecieron las reglas sobre condiciones de trabajo en la Rama Judicial, el 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)

## **OBJETO**

El objeto de este proveído es resolver recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en la que se Declaró probada la excepción de prescripción de la acción laboral al haber transcurrido más de tres años desde la terminación del contrato del actor, sin haberse interrumpido válidamente la prescripción; del mismo modo, Absolvió a las demandas CBI COLOMBIANA S.A. y REFINERIA DE Cartagena S.A. y a las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A y CONFIANZA S.A. de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante y condenó en costas a la parte demandante.

## **LA DIANA DEL RECURSO**

### LA SUSTENTACIÓN

#### DEMANDANTE:

El apoderado judicial del demandante promovió recurso de apelación, señalando que, en el inciso 10 de las pretensiones de la demanda fue solicitada la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y estas no se tuvieron en cuenta para el reajuste, esta no prescribe a los 3 años, en el caso de las prestaciones sociales solicitadas en la demanda estas no son factor salarial la cual debe ser reajustada.

#### DEMANDADA:

El apoderado de las entidades demandadas no interpuso recurso de apelación.

Por virtud del principio de Consonancia esta Segunda Instancia solo se circunscribirá a lo que es materia del recurso. (CPTSS, art. 66 A).

## **BREVIARIO PROCESAL**

La demanda, sus pretensiones, substrato material, fundamentos de la decisión que puso fin a la primera instancia, en lo que interesa al recurso interpuesto.

El promotor del proceso el 29 de agosto de 2018, (fl 145), elevando como pretensiones que se declare que entre el demandante y las demandadas existió un contrato de trabajo en el periodo de tiempo anunciado en los hechos de esta demanda; Que se declare que el bono de asistencia debe ser incluido en la liquidación de los componentes del salario ordinario, específicamente al recargo por trabajo suplementario, nocturno, dominical y festivo, Que se declare la ineficacia de la cláusula 4 del contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la demandada en lo relacionado al tener el bono de asistencia por fuera de la base de liquidación del salario ordinario en

los componentes relativos al recargo por trabajo suplementario, nocturno, dominical y festivo; Que se declare que el bono de asistencia, una vez incluido en los componentes del salario ordinario, específicamente en el recargo por trabajo suplementario, nocturno, dominical y festivo, ha de servir como la base salarial correcta para liquidar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas legales y vacaciones; Que se declare que las demandadas están obligadas a liquidar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas y vacaciones, teniendo en cuenta un salario ordinario en el cual los componentes relativos al recargo por trabajos suplementario. Nocturno, dominical y festivo fueran a su vez liquidados sobre la bonificación de asistencia y sobre el salario ordinario; Que se declare que las demandadas adeudan a mi representado la reliquidación de las cesantías, intereses, sobre las cesantías, primas y vacaciones, en especial la diferencia que surge luego de incluir en la base salarial de la remuneración ordinaria (recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo) el valor de la bonificación de asistencia. Que se declare que las demandadas actuaron de mala fe al no pagar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas y vacaciones por el valor que corresponde, de acuerdo al verdadero salario ordinario que surge luego de aplicará en la remuneración ordinaria(recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo) el valor de la bonificación de asistencia; Que se condene a las demandadas a pagar a favor del demandante la reliquidación del trabajos suplementario, nocturno, dominical, festivo), por no haberse incluido en la base salarial de su liquidación, los incentivos o auxilio de movilización, auxilio de transporte cuatrimestral, bono sodexho y hora adicional convencional colectiva. Que se condene a las demandadas a pagar a favor del demandante la reliquidación de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas y vacaciones, luego de incluir en la base salarial, de la liquidación de cada una de estas pretensiones el valor real de salario ordinario que surge luego de aplicar en los componentes; recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo, la incidencia de la bonificación de asistencia y de cualquier otro bono con naturaleza salarial devengado por el demandante; Que se condene a las demandadas a pagar la sanción moratoria del art. 99 de la ley 50 de 1990 por la no consignación completa del valor de las cesantías; Que se condene a las demandadas a pagar la sanción moratoria de Art.65 del CST, por el no pago completo del valor de las prestaciones a la terminación del contrato de trabajo; Que se condene el pago a las costas y gastos del proceso.

La contestación de demanda,  
excepciones

**CBI COLOMBIANA S.A.** Se pone a la totalidad de las pretensiones de la demanda enunciadas en los capítulos que la parte demandante ha denominado Pretensiones, solicita que su poderdante se absuelva de todo cargo y en su lugar se condene a la parte demandante a pagar las costas del proceso, incluida la agencia en derecho, por la temeridad de su acción.

Propuso como excepciones Buena fe, Inexistencia de las obligaciones, Prescripción, Innominada o genérica, Pago.

**REFICAR S.A.** se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda, pues están basadas en un supuesto que no se acepta y es la vinculación de Reficar con los efectos jurídicos de unas relaciones laborales de las que nunca hizo parte, invocando una relación de responsabilidad solidaria entre las co-demandadas, que es inexistente.

Propuso como excepciones, Inexistencia de las obligaciones, Inexistencia de la solidaridad- falta de legitimación en la causa por pasiva, Principio de necesidad de la prueba y carga de la prueba. Prescripción, Innominada o genérica.

**CONFIANZA S.A.** se opone a las pretensiones expuestas en la demanda, toda vez que en lo que refiere a indemnizaciones laborales única y exclusivamente cubre la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST; contrario sensu, la póliza no cubre indemnizaciones de otro tipo como indemnizaciones moratorias, verbi gratia, la indemnización establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, ni la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, así como la indemnización moratoria consagra en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni ningún otra indemnización de carácter laboral.

**LIBERTY S.A.** se opone a la totalidad de las pretensiones por no tener conocimiento directo de las circunstancias señaladas en el libelo de la demanda.

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

La juez de primera instancia encontró debidamente demostrado en que no existe excusión en relación con la existencia del contrato de trabajo solo con CBI COLOMBIANA S.A.; con relación a la existencia del contrato de trabajo, estuvo vigente a partir del 19 de septiembre del 2011 hasta 26 de agosto del 2015, desempeñando el cargo de pailero B.

En lo tocante a los pagos extralegales devengados en la relación de trabajo, se debe determinar si constituyen o no salario, sin embargo, la demandada formuló la excepción de prescripción y a la luz de los artículos 488 y 489 del CSTSS, operando la prescripción de la acción laboral generado por la inactividad de las partes. A folio 20 del expediente obra reclamación elevada por el demandante ante CBI COLOMBIANA S.A. con fecha del 28 de noviembre del 2017, solicitando copias de los otros si, comprobantes de pago y pago de primas del servicio, y a folio 21 y siguientes se aprecia solicitud de reliquidación de salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, los hechos y

pretensiones de las reclamaciones no coinciden con los de la demanda, estando encaminado el presente proceso a la declaratoria de la incidencia salarial del bono de asistencia, en consecuencia, sea declarado como salario para efecto de recargos del trabajo suplementario, nocturno, dominical y feriados, no existiendo una identidad o correlación entre la reclamación administrativa y la demanda. Ahora bien, la terminación del contrato fue 26 de agosto del 2015 y la presentación de la demanda fue el 28 de agosto del 2018, transcurriendo más de 3 años desde la finalización de la relación laboral, operando el fenómeno prescriptivo.

#### Trámite en segunda instancia

Surtido el respectivo traslado, la llamada en garantía LIBERTY S.A., rindió alegatos solicitado que al honorable sala se sirva confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia proferida por el Juez segundo (2º) Laboral del Circuito de Cartagena, que decidió absolver a las demandadas de las pretensiones perseguidas por el demandante señor OSPINA, al encontrar probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada sobre las pretensiones correspondiente al pago de los dominicales, festivos, compensatorios y reliquidación de acreencias laborales con inclusión del bono de asistencia, atendiendo a las razones expuestas en la misma.

### **CONSIDERACIONES PARA DECIDIR,**

#### Problemas jurídicos planteados

De conformidad se hace necesario determinar si hay lugar al derecho reclamado, el estudio de esta Sala se contraerá en determinar si el actuar del Juez en declarar la prescripción estuvo en lo correcto, y como consecuencia, 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. Del mismo modo se debe estudiar de acuerdo a lo apelado si hay lugar a la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990.

#### Respuesta a los cuestionamientos

En el presente caso, se hace necesario determinar la existencia del derecho y confrontar las peticiones de la reclamación y pretensiones de la demanda para determinar si opero el fenómeno prescriptivo y se debe estudiar la bonificación de asistencia y no simplemente declarar probada la excepción de prescripción, pues, sabido es, conforme con precedentes que vienen de antaño, que para que se declare probada una excepción de mérito es menester declarar primero la existencia de derecho. Si el derecho no existe no hay nada que matar. Se mata lo que existe. Entonces, como en el presente caso, se debe estudiar la excepción de prescripción que fue probada y declarada con respecto a la bonificación de asistencia, obligatoriamente corresponde a esta Sala

el estudio de dicha bonificación para ver si el demandante tenía derecho, y así declarar o no la prescripción, estudio que debía realizar la Juez de primer grado, y que omitió hacerlo.

A efectos del 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 artículos 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 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 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 desalarización, 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 ALDEMAR  
OSPINA PEREZ, o, caso concreto, o,  
presente caso

En el presente caso, es un hecho pacífico que las partes suscribieron contrato de trabajo el día 19 de septiembre de 2011 hasta el 26 de agosto de 2015, tal y como se pudo establecer por la Juez de primera instancia y por lo contenido en el plenario.

Se observa que a folio 21 del plenario, obra Reclamación Administrativa suscrita por el actor ante la demandada CBI COLOMBIANA S.A, solicitando que se le liquiden sus emolumentos salariales y prestaciones sociales, que a continuación se transcribe:

## "Hechos

*Labore para la empresa CBI COLOMBIANA S.A. desde el día 19 de septiembre de 2011 hasta el 26 de agosto de 2015, fecha esta última en la cual fui despedido sin justa causa, ocupando el cargo de PAILERO B, mediante un contrato de trabajo a término indefinido en la obra expansión de la Refinería de Cartagena.*

*Por lo tanto, me permito reitérales lo que ustedes ya conocen y es que, al momento de liquidarse mis emolumentos salariales y prestaciones sociales, solo se hacía con el Salario básico y se omite realizar la liquidación con la inclusión de las bonificaciones y demás emolumentos salariales que se pagaban y/o devengaba de forma habitual y periódica, siendo un ejemplo de ello la bonificación por Asistencia entre otros u otras; situación de la cual ustedes tiene pleno conocimiento.  
(...)*

*Por lo anterior me permito elevar la siguiente:*

### *PETICIÓN*

*Sírvanse a reliquidar y pagarme las diferencias de todas mis emolumentos salariales y prestaciones sociales devengados en el periodo comprendida del día 19 de septiembre de 2011 hasta el 26 de agosto de 2015 en la cual trabajé para ustedes, ocupándome el cargo de Paleiro B en la obra expansión de la Refinería de Cartagena, tomando para su liquidación o calculo además del salario básico, todas las bonificaciones y demás emolumentos salariales que devengue de forma habitual y periódica, por ser constitutivos de salario, tal y como lo establece el artículo 127 del código sustantivo del trabajo."*

De otro lado, se procederá a revisar el escrito de pretensiones de la demanda, para corroborar si las pretensiones y el escrito de reclamación administrativa guardan identidad, a continuación, se transcribe:

### "PRETENSIONES

- 1. Declárese que entre el demandante y las demandadas existió un contrato de trabajo en el periodo de tiempo anunciado en los hechos de esta demanda.*
- 2. Declárese que el bono de asistencia debe ser incluido en la liquidación de los componentes del salario ordinario, específicamente al recargo por trabajo suplementario, nocturno, dominical y festivo.*
- 3. Declárese ineficaz la cláusula 4 del contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la demandada en lo relacionado al tener el*

*bono de asistencia por fuera de la base de liquidación del salario ordinario en los componentes relativos la recargo por trabajo suplementario, nocturno, dominical y festivo.*

- 4. Declarase que el bono de asistencia, una vez incluido en los componentes de salario ordinario, específicamente en el recargo por trabajo suplementario, nocturno, dominical y festivo, ha de servir como la base salarial correcta para liquidar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas legales y vacaciones.*
- 5. Declárese que las demandadas estaban obligadas a liquidar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas y vacaciones, teniendo en cuenta un salario ordinario en el cual los componentes relativos al recargo por trabajo suplementario, nocturno, dominical y festivo fueran a su vez liquidados sobre la bonificación de asistencia y sobre el salario ordinario.*
- 6. Declárese que las demandadas adeudan a mi representado la reliquidación de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas y vacaciones, en especial la diferencia que surge luego de incluir en la base salarial de la remuneración ordinaria (recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo) el valor de la bonificación de asistencia.*
- 7. Declárese que las demandadas actuaron de mala fe al no pagar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas y vacaciones por el valor que corresponde, de acuerdo al verdadero salario ordinario que surge luego de aplicar en la remuneración ordinaria (recargos por trabajos suplementario, nocturno, dominical, festivo) el valor de la bonificación de asistencia.*
- 8. Condenar a las demandadas a pagar a favor del demandante la reliquidación de los componentes ordinarios del salario (recargos por trabajos suplementario, nocturno, dominical, festivo), por no haberse incluido en la base salarial de su liquidación los incentivos o bonificaciones de asistencia, producción, prima técnica, incentivo HSE, auxilio de movilización, auxilio de transporte cuatrimestral, bono sodexho y hora adicional convención colectiva.*
- 9. Condenar a las demandas a pagar a favor del demandante la reliquidación de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas y vacaciones, luego de incluir en la base salarial de la liquidación de cada una de estas prestaciones el valor real del salario ordinario que surge luego de aplicar en los componentes; recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo, la incidencia de la bonificación de asistencia y de cualquier otro bono con naturaleza salarial devengado por el demandante.*
- 10. Condenar a las demandadas a pagar la sanción moratoria del Art.99 de la ley 50 de 1990 por la no consignación completa del valor de las cesantías a una AFC.*

11. *Condenar a las demandadas a pagar la sanción moratoria del Art.65 del CST por el no pago completo del valor de las prestaciones a la terminación del contrato de trabajo.*
12. *Condenar a las demandadas a pagar las costas y gastos del proceso.*
13. *Condenar a las demandadas a pagar a favor del demandante en forma indexada todas las pretensiones demandadas.*
14. *Condenar a las demandadas a pagar a favor del demandante los intereses moratorios.*
15. *Condenar a las demandas a pagar a favor del demandante las pretensiones extra y ultra petita que resulten probadas."*

Si bien es cierto, se observa que tiene razón la juez de primer grado al considerar que no existe una identidad o una correlación con las pretensiones contentivas en la demanda y las solicitadas en la reclamación administrativa de fecha 31 de enero de 2018, lo cierto es que para exista el derecho se debe estudiar el derecho reclamado, por lo que se entrara a analizar la figura de bono de asistencia.

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 adoctrinó 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 en la Cláusula Cuarta 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 19 al 27 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 \$ 1.699.500 y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada que para la misma fecha valía \$764.760 (fl. 19), pero que había empezado al firmarse el contrato en \$2.339.483 y \$1.052.766 (fl. 86), 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 tomada 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 3º 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."*

De acuerdo con el análisis que precede, no habría lugar a declarar las pretensiones del actor.

Por otra parte, respecto del fenómeno extintivo dada la resolución negativa de las pretensiones y ausencia del derecho reclamada, no había lugar ni siquiera al análisis de la prescripción por sustracción de materia, y por ello, habrá de determinarse que la decisión debió ser absoluta por estas razones, se revocará el punto respecto de la probanza del medio exceptivo.

Igual suerte absoluta corre la pretensión sobre indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por sustracción de materia y ante la no viabilidad de las pretensiones.

Costas a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual.

## **DECISIÓN,**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO. REVOCAR** el ordinal 1 de la sentencia proferida el 05 de septiembre de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral de este Circuito Judicial, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **ALDEMAR OSPINA PEREZ vs CBI COLOMBIANA S.A. y REFICAR S.A.** mediante el cual se declaró probada la excepción de prescripción de la acción laboral al haber transcurrido más de tres años desde la terminación del contrato del actor, sin haberse interrumpido válidamente la prescripción y en su lugar **Absolver** a las demandadas **CBI COLOMBIANA S.A. y REFICAR S.A** por las razones aquí anotadas.

**SEGUNDO.** En todo lo demás **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 05 de septiembre de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral de este Circuito Judicial, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por

**ALDEMAR OSPINA PÉREZ vs CBI COLOMBIANA S.A. y REFICAR S.A.**

**TERCERO.** COSTAS a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente

**NOTIFÍQUESE**

Los Magistrados,

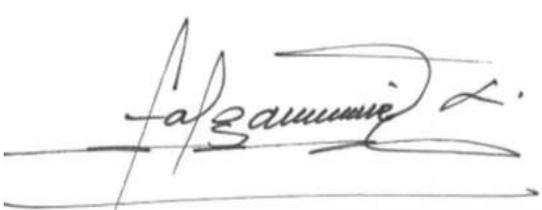


**LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO**  
Magistrado ponente



**CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS**  
Magistrado Sala Laboral

(con aclaración parcial de voto)



**FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA**  
Magistrado (Con aclaración parcial de voto)

**Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de mayo del año dos mil veintidós (2022).**

<b>Proceso</b>	<b>ORDINARIO LABORAL.</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-31-05-002-2018-00349-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>ALDEMAR OSPINA PEREZ</b>
<b>Demandado</b>	<b>CBI COLOMBIANA S.A. Y OTROS</b>
<b>Magistrado ponente</b>	<b>LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO.</b>

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque comparto la decisión mayoritaria, aclaró el voto en el sentido de establecer:

En primer lugar, por cuanto considero que el bono de asistencia constituye salario porque obedece a la prestación directa del servicio, ya que es un contrasentido afirmar que obedece a una contraprestación indirecta del servicio, como así lo establece la sentencia.

Y en segundo lugar, porqué el suscrito rectificó su anterior posición, respecto al pacto de exclusión salarial frente al bono de asistencia en el sentido que, si es ajustado a derecho que las partes puedan restarle incidencia salarial a un determinado rubro, pues, con ello 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 lo anotó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STL11582-2020 y así quedó plasmado en las sentencias proferidas como Magistrado Ponente el día 4 de junio de 2021, dentro de los procesos ordinarios seguidos por **ALDEMAR VARGAS SABALZA** contra **MAASY ENERGY COLOMBIA S.A.S. REFICAR SA Y CONFIANZA** radicación única **13001-31-05-002-2015-00696-01** y **WILLIAN RODRIGUEZ YANEZ** contra **CBI COLOMBIANA S.A.** radicación única **13001-31-05-004-2016-00529-01.**

  
**CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS**  
Magistrado Sala Laboral

**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: **b7fb1094e0dd60bab04b9e8ae32cfe2a17224c43390903d91aaa0ca1f604edeb**

Documento generado en 20/05/2022 03:02:21 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**