

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CARTAGENA
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Cartagena de Indias, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: JOHNNESY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS

Radicación: 13001-31-05-003-2015-00727-01

Demandante: JUAN JOSÉ SARABIA BURGOS

Demandado: CBI COLOMBIANA S.A. Y OTROS

Proceso: Ordinario Laboral (Recurso de Apelación)

Fecha Sentencia de Primera Instancia: 3 de julio de 2019

Juzgado de Primera Instancia: Tercero Laboral del Circuito de Cartagena

Tema: Estabilidad laboral y Factores salariales

Concluido el traslado a las partes, resuelve la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**, integrada por los magistrados **MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO, LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO** y **JOHNNESY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS** quien la preside, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de calenda tres (3) de julio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del presente proceso Ordinario Laboral promovido por **JUAN JOSÉ SARABIA BURGOS** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**, con radicación única 13001-31-05-003-2015-00727-01.

Lo anterior, con fundamento en el mandato de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, mediante el cual *"por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones"*, disponiéndose, entre otras medidas, en la especialidad laboral, el proferimiento escritural de autos y sentencias.

CUESTIÓN PREVIA

Renuncia de Poder

En segunda instancia, se observa que fue allegado renuncia presentada por la firma VT SERVICIOS LEGALES S.A.S., al poder que le fue otorgado por la demandada CBI COLOMBIANA S.A., la cual se aceptará por cumplir los requisitos de Ley.

Por lo anotado, se

RESUELVE:

PRIMERO: ACEPTAR la renuncia presentada por la firma VT SERVICIOS LEGALES S.A.S., al poder que le fue otorgado por la demandada CBI COLOMBIANA S.A., por reunir los requisitos de Ley.

Definido lo anterior, procede la Sala a emitir la siguiente

SENTENCIA**1. ANTECEDENTES RELEVANTES****1.1. Pretensiones**

Solicitó el demandante que se declare que entre él y la demandada CBI COLOMBIANA S.A. existió una relación laboral, desde el 15 de junio de 2013 hasta el 15 de octubre de 2014; que se declare la ineficacia de la terminación del contrato por haberse efectuado sin el permiso del Ministerio del Trabajo, al encontrarse amparado por el fuero de la estabilidad laboral reforzada, que se declare solidariamente responsable a la Refinería de Cartagena. En consecuencia, solicitó que se condenen a las demandadas a reintegrarlo al mismo cargo o a uno de igual o mayor jerarquía, y a pagarle los salarios, prestaciones sociales, beneficios legales y extralegales y aportes a seguridad social, dejados de percibir desde el momento del despido hasta el momento en que sea efectivamente reintegrado, al pago la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios.

Además, suplicó que se declare que la bonificación de asistencia es de carácter salarial, en consecuencia, que se condene a las demandadas a reliquidar los recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo, las prestaciones sociales, las vacaciones disfrutadas en tiempo, los aportes a seguridad social, indexación de las condenas y lo que extra y ultra petita resulte probado.

Subsidiariamente, deprecó el pago de la indemnización por despido injusto y la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

1.2. Hechos

Como fundamento fáctico de sus pretensiones la parte actora manifestó que fue contratado por la sociedad CBI COLOMBIANA S.A., a través de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año a partir del 15 de junio de 2013, para desempeñar el cargo de conductor de tractomula; que la demandada finalizó su contrato de trabajo de manera unilateral e injusta cuando aún no habían cesado las causas que le dieron origen en fecha 15 de octubre de 2014; que en fecha 20 de agosto de 2014 sufrió un accidente de trabajo al caer de una cama alta de la mula, ocasionándole un trauma en la parte derecha de su espalda; que el 25 de agosto de 2014 suscribió un acta de reincorporación laboral donde se consignan las restricciones laborales que le fueron otorgadas por 7 días inicialmente; que luego de consultar a su médico tratante este extendió las

restricciones laborales por 10 días más y luego por 15 días más; que el 12 de septiembre de 2014 fue incapacitado por 3 días debido a un lumbago no especificado; que el 14 de octubre del mismo año, su médico tratante le ordenó 10 sesiones de fisioterapias; que su empleador tenía pleno conocimiento de sus padecimiento de salud; que mediante fallo de tutela de fecha 29 de diciembre de 2014 el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena tuteló sus derechos fundamentales y ordenó su reintegro; que su empleadora omitió programar, ejecutar y controlar el cumplimiento del programa de salud ocupacional y omitió su deber de cuidar y procurar la integridad física de sus trabajadores.

De otro lado, manifestó que su remuneración estaba compuesta por un componente fijo denominado un salario básico y por otro componente fijo denominado bonificación de asistencia que tenía como causa la prestación del servicio; que adicionalmente recibió otros pagos mensuales denominados incentivo de progreso, prima técnica, incentivo de progreso de tubería, auxilio mensual de alojamiento y auxilio mensual de transportes; su empleador no incluyó el bono de asistencia y ni los demás auxilios como factores salariales para realizar las liquidaciones del trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y vacaciones disfrutadas siendo afectado en el pago de sus salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social; que el actuar de su empleador fue de mala fe.

1.3. Contestación de la demanda

La demandada **CBI COLOMBIANA S.A.**, se allanó a la solicitud de declaración de la relación laboral y se opuso a las demás pretensiones deprecadas en el libelo introductor. En cuanto a los hechos, manifestó que el contrato de trabajo finalizó por expiración del plazo fijo acordado, aceptó la ocurrencia del accidente de trabajo y la reincorporación laboral. En punto a estabilidad laboral aludida, manifestó desconocer su historia clínica, así como reportes de incapacidades y que al momento de la terminación del vínculo laboral el actor no acreditó una pérdida de capacidad laboral superior al 15%. Respecto a los factores salariales reclamados indicó que la bonificación de asistencia no es sustancialmente salario, pero que artificialmente las partes acordaron darle tal carácter para algunos emolumentos, en lo atinente a los otros pagos recibidos aceptó que el actor podía acceder a tales acreencias como beneficiario de la convención colectiva.

Promovió las excepciones de buena fe, prescripción e innominada o genérica.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 3) de julio de dos mil diecinueve (2019), ABSOLVIÓ a las demandadas y a las llamadas en garantía de todas las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante tasando agencias en derecho en un (1) smlmv.

El *a-quo* fundó su decisión en que frente a la estabilidad laboral alegada que, si bien dentro del expediente, hay historial clínico que demuestra que el actor

fue diagnosticado con lumbago, no se encuentra demostrada una merma en su capacidad laboral igual o superior al 15%. En punto a la culpa patronal consideró que la parte actora no demostró haber sufrido un daño, en tanto que su ARL determinó que la PCL del actor producto del accidente de trabajo fue inferior al 5%, y además que en la demanda no se ilustró qué fue lo que sucedió.

Frente a la naturaleza del bono de asistencia, esgrimió que a su juicio no es una contraprestación directa a la prestación del servicio, de conformidad al artículo 128 del CST precisando que tal bonificación fue creada para que los trabajadores se incentiven a estar presente de forma puntual en el sitio de trabajo y cumplir las normas de higiene, salud y medio ambiente, siendo así, lo que se remunera son obligaciones que el trabajador debe cumplir en el desempeño sus funciones y no su fuerza de trabajo. Adicionalmente señaló que la jurisprudencia laboral, ha sostenido que las partes están facultadas para excluir pagos que son de naturaleza salarial de la base para liquidar prestaciones e indemnizaciones, por lo que no es ilegal que se estipule que para algunas acreencias sea factor salarial y para otras no. En cuanto a los demás conceptos pagados, encontró que los mismo estaban consagrados en la convención colectiva, y en ellas, las partes acordaron que no tienen naturaleza salarial, y una vez analizó su causa y finalidad concluyó que no eran una contraprestación directa del servicio.

3. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora presentó inconformidad argumentando para activar la protección de la estabilidad laboral reforzada no se requiere estar calificado con alguna pérdida de capacidad laboral, que en este asunto quedó demostrado la afección de la salud de su mandante, en tanto que su columna presenta unos espacios entre sus vertebras producto de la caída.

En punto a la culpa patronal, CBI COLOMBIANA S.A., sí faltó a su deber de cuidado, ya que esta tenía la facultad de suspender las actividades realizadas, además de tener un robusto departamento HSE y que podía, insiste en suspender las actividades y dar cumplimiento a la aclamada cultura de trabajo seguro. Adicionalmente, destacó que pese a ser una “cama” que superaba el metro de altura el trabajador no contaba con anclaje, arneses y línea de vida, es decir, no cumplieron con las condiciones mínimas de las políticas de seguridad industrial y salud ocupacional.

De otro lado, en punto a los factores salariales indicó que la bonificación de asistencia, la prima técnica y el incentivo de progreso son de naturaleza. La primera de ella cumple con los tres requisitos que ha establecido la jurisprudencia laboral para que un pago sea considerado salario, como lo son: la habitualidad, su entrega no gratuita o libre, que acreciente el patrimonio del trabajador y que su causa sea la prestación del servicio. Además, debe observarse la fuente primaria de esta bonificación que es la política salarial de 2010, donde nace con plenos efectos salariales, sin que se advierta un cambio o modificación de sus condiciones para que luego se le reste incidencia salarial. Y en todo caso, el pago no de la misma no atendió a sus condicionamientos y la demandada no demostró que ésta tuviera una causa remunerativa distinta

a la prestación del servicio. Respecto a la prima técnica, indicó este pago es de origen convencional, sin embargo, esta es un pago que no tiene causa; el incentivo de progreso también es de origen convencional para su causación se tiene en cuenta las horas efectivamente laboradas por el trabajador en la consecución de una meta global.

4. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

4.1. El apoderado del demandante centró sus alegatos en la naturaleza salarial del bono de asistencia, considerando que se trata de un pago de carácter remuneratorio que se cancela en proporción al tiempo de servicio, tal como expresamente se pactó en la cláusula cuarta del contrato de trabajo. Trajo a colación la sentencia SL 2018-2021, radicado 82673, en el que la Corte Suprema de Justicia analizó el carácter salarial de dicho pago y solicitó que se acogieran los argumentos esbozados en tal pronunciamiento, respecto al tratamiento de la bonificación de asistencia.

4.2. La apoderada de la llamada en garantía Confianza S.A., indicó que de acuerdo con las condiciones generales de la póliza de seguro cumplimiento con base en la cual se le llamó en garantía, ampara de Pago de Salarios, Prestaciones Sociales e Indemnizaciones, no cubre indemnizaciones ni conceptos diferentes a la establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Tampoco cubre seguridad social, indexaciones o intereses, bonificaciones extralegales, horas extras, trabajo suplementario ni bonificaciones u obligaciones pactadas convencionalmente, ni reintegros ni sus consecuentes salarios, cuando quiera que el contrato garantizado terminó o la ejecución de uno de sus componentes terminó.

5. ARGUMENTOS DE LA SALA PARA RESOLVER

5.1. Problemas jurídicos

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto, la Sala resolverá los siguientes problemas jurídicos:

- 1- Establecer si al momento de la terminación del contrato de trabajo el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada contemplada en la Ley 361 de 1997 y si resulta procedente el reintegro y la indemnización plena y ordinaria de perjuicios.
- 2- Determinar si la *bonificación de asistencia*, la *prima técnica* y el *incentivo de progreso convencional* constituyen factor salarial. Surgiendo como problema jurídico asociado determinar el alcance del pacto de desalarización contemplado en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.
- 3- En caso de que los señalados emolumentos tengan el carácter salarial, se establecerá si hay lugar a los reajustes de las horas extras, recargos nocturnos, festivos, dominicales, vacaciones, prestaciones sociales.

5.2. Solución a los problemas jurídicos

Verifica la Sala que no se encuentra causal alguna que invalide la actuación en primera y/o segunda instancia y están dados los presupuestos procesales para emitir decisión, la que estará sujeta estrictamente al objeto de apelación, en atención al principio de consonancia descrito en el artículo 66A de CPTSS.

5.2.1. Estabilidad laboral reforzada y la culpa patronal

Principia la Sala por puntualizar que de conformidad a lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en ningún caso la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. En su segundo inciso continúa el artículo señalando que: *“quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”*.

Para efectos de establecer si un trabajador se encuentra dentro de la protección que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL10538-2016, reiterada en sentencia SL488-2020, estableció que se requiere:

1. Una pérdida de capacidad igual o superior al 15%, es decir, en una situación de discapacidad o pérdida de la capacidad laboral en un grado significativo y no con simples afecciones de salud o simples incapacidades médicas.
2. Que el empleador conozca de dicho estado de salud; y
3. Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y no por una razón objetiva, evento último en que no está obligado a acudir al Ministerio del Trabajo para solicitar el despido. (SL1360-2018).

Se precisa que frente al primer requisito la jurisprudencia laboral ha establecido que no puede exigirse una determinada prueba que acredite la discapacidad, es decir, la CSJ admite libertad probatoria para determinar el grado de discapacidad relevante, cuya acreditación precisó puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual (SL2586 -2020 y SL5700-2021).

Concretamente en la SL572-2021 la CSJ destacó “*el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; **sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible**, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.*” (subrayado y negrilla fuera del texto).

Como viene de verse, del precedente en cita, se desprende que, en materia probatoria de la discapacidad o limitación merecedora de protección, cuando repose en el expediente la calificación respectiva, ésta deberá ser igual o superior al 15%, y a falta de ésta, en todo caso, esta limitación “*se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección.*” De otra arista, de la preceptiva del artículo 26 de la ley 361 de 1997, aflora que no es necesario que deba producir el despido para que se active la presunción, pues, a juicio de la Sala, esta protección puede ser analizada desde cualquier tipo de terminación del contrato siempre que en juicio se acredite que fue por causa de la discapacidad, teniendo el empleador el deber de acreditar la efectiva ocurrencia de la justa causa, so pena de provocarse la sanción de 180 días de salario, sin perjuicios de los demás derechos laborales.

Precisado lo anterior, procede la Sala con el análisis de las pruebas allegadas a efectos de establecer si se demostró la afectación del estado de salud o el grado de discapacidad relevante que impidiera al demandante el ejercicio de su actividad laboral a la fecha de la terminación del contrato de trabajo (15 de octubre de 2014).

En esa labor, halla la Sala se allegó al paginario informe del accidente de trabajo sufrido por el actor en fecha 20 de agosto de 2014, consisten en una caída sobre su espalda a una altura de 1.50 metros (fl. 518-519); historia clínica de fecha 27 de agosto de 2014 donde se observa que el demandante fue atendido por trauma dorsal y por tal le prescribieron restricciones laborales por 10 días, tales como: levantar pesos mayor a 10kg con las manos, no realizar actividades fuertes al tronco y reposos relativo del tronco(fl 40); historia clínica de fecha 5 de septiembre de 2014 donde se observa que el demandante tuvo una buena evolución del trauma dorsal y por tal le prolongaron las prescribieron restricciones laborales por 15 días más (fl. 43); historia clínica de fecha 12 de septiembre de 2014 donde se observa que el demandante fue atendido por dolor lumbar post trauma, y le fueron otorgados 7 días de incapacidad (fl. 45) historia clínica de fecha 1 de octubre de 2014 donde se observa que el demandante fue nuevamente atendido por dolor lumbar post trauma (fl. 51-54); historia clínica de fecha 3 de octubre de 2014 donde se

observa que el demandante fue nuevamente atendido por dolor lumbar post trauma (fl. 57-60); historia clínica de fecha 14 de octubre de 2014 donde se observa que el demandante fue nuevamente atendido por dolor lumbar post trauma, y por tal, le ordenaron 10 sesiones de fisioterapias y restricciones laborales ya dadas por 15 días (fl. 62); dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la ARL SURA en fecha 29 de diciembre de 2014 donde se determina una PCL del 0.0% producto del accidente de trabajo.

Del estudio individual y en conjunto de los medios de prueba allegados, estima Sala que las mismas no dan certeza de la «limitación» o discapacidad relevante en la salud del accionante, pues el «trauma lumbar» que padecía, la referencia a algunas incapacidades y restricciones laborales de carácter transitoria no comporta *per se* una situación que genere el amparo, todavía más cuando el dictamen de pérdida de capacidad laboral fue del 0%

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dejado claro en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, regulada por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha *«adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).*

En consecuencia, para esta Sala resulta evidente que el actor al momento de la terminación del contrato de trabajo no se encontraba dentro de la población que goza de estabilidad laboral reforzada, imponiéndose de contera confirmar este aspecto de la sentencia.

En lo que atañe a la culpa patronal la Sala trae a colación lo normado en el artículo 216 del CST que, en su tenor literal, dispone: *“Cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”.*

La citada norma no consagra responsabilidad objetiva alguna, por ende, quien reclama la indemnización plena y ordinaria de perjuicios debe probar, la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad laboral, la culpa del empleador, el daño y los perjuicios causados. Así pues, tratándose de la culpa patronal, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia del 30 de junio de 2005 (Rad. 22656), reiterada en la sentencia 26126 del 3 de mayo de 2006, ha establecido que la carga probatoria de su demostración le corresponde al trabajador o sus causahabientes, en los términos del artículo 167 del CGP, el cual les impone a

las partes el deber de acreditar los hechos en los cuales se sustentan sus pretensiones.

Así pues, la responsabilidad o culpa del empleador contiene los siguientes elementos: i) un hecho imputable, ii) un daño iii) la culpa y iv) un nexo o relación de causalidad entre estos.

De entrada la Sala advierte que dentro del caso de marras se echa de menos varios requisitos para que se configure la culpa patronal, pues, si bien, está suficientemente acreditado la ocurrencia de un accidente de trabajo, la demanda adolece de falta de claridad al no indicar ningún supuesto factico que diera cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente de trabajo, ni cual es el la acción u omisión proveniente del empleador y su nexo causal con el accidente de trabajo, fue solo en los argumentos del recurso que se le imputa al empleador no haber asegurado que el trabajador tuviera un arnés y una línea de vida, sin embargo dentro del proceso no se discutió si la actividad que estaba desarrollando el demandante cuando ocurrió el accidente, podía ser considerada como trabajo en altura.

En suma, para la Sala, en el caso *sub examine* no existe prueba suficiente que demuestren que el empleador hubiere incurrido en una omisión al deber de cuidado y protección que les asiste respecto a sus subordinados, que hubiese incidido o provocado el accidente de trabajo por su extrabajador Juan José Sarabia Burgos. La parte demandante faltó al principio de *onus probandis* al no acreditar los supuestos de hecho en que se fundamentaban los fines legales perseguidos (Art 167 del CGP), siendo esa su obligación procesal, lo que impone confirmar la decisión emitida por el *A-quo* en este sentido.

5.2.2. Naturaleza Salarial de la bonificación de asistencia, el incentivo de progreso y la prima técnica.

En este orden, de conformidad con los contratos de trabajo, visible del folio 19 y Ss del expediente, el señor Juan José Sarabia Burgos, fue contratado para desempeñar los cargos de “conductor de tractomula”, pactándose una remuneración ordinaria y una bonificación condicionada, pagadera como lo indicaba la cláusula cuarta del contrato, la cual estipulaba:

“Si y solo si cumple con los términos y requisitos para acceder a ella, el empleado tendrá derecho a una bonificación mensual cuya causación estará determinada por los siguientes 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).”

(i) Aporte del Empleado en el Cumplimiento del Cronograma de su Equipo de Trabajo

El aporte del Empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo será determinado mensualmente por la puntualidad, la asistencia y la permanencia en el puesto de trabajo, con base en los siguientes criterios:

- *Se tendrá por falta de puntualidad el retardo de quince (15) minutos o más en la hora de entrada.*
- *Se tendrá como asistencia injustificada la que se produzca sin mediar permiso previamente autorizado o que no corresponda a una causal de ausencia de las previstas en la legislación laboral vigente.*

- Se tendrá por retiro injustificado el que produzca antes de la hora de salida y sin autorización del superior jerárquico.

El trabajador tendrá derecho a la bonificación, de acuerdo con el siguiente cuadro.

% Bonificación	Condición
100% de la Bonificación	No haberse presentado durante el mes ningún evento de falta de puntualidad, o ausencia o retiro injustificado del puesto de trabajo por parte del empleado
70% de la Bonificación	Haberse presentado durante el mes sólo un (1) evento de falta de puntualidad, ausencia o retiro injustificado del puesto de trabajo por parte del Empleado
40% de la Bonificación	Haberse presentado durante el mes dos (2) eventos de falta de puntualidad, ausencia o retiro injustificado del puesto de trabajo por parte del Empleado
0% de la Bonificación	Haberse presentado durante el mes tres (3) o más eventos de falta de puntualidad, ausencia o retiro injustificado del puesto de trabajo por parte del Empleado

(ii) Desempeño en HSE

El trabajador tendrá derecho a la bonificación, de acuerdo con el siguiente cuadro:

% Bonificación	Condición
100% de la Bonificación	No haberse presentado durante el mes ninguna fatalidad ni haber recibido el trabajador ninguna observación de no conformidad atribuibles a él
70% de la Bonificación	No haberse presentado durante el mes ninguna fatalidad y haber recibido el trabajador como máximo una (1) observación de no conformidad atribuibles a él
40% de la Bonificación	No haberse presentado durante el mes ninguna fatalidad y haber recibido el trabajador como máximo dos (2) observación de no conformidad atribuibles a él
0% de la Bonificación	Haberse presentado durante el mes una (1) fatalidad o haber recibido el trabajador más de dos (2) observaciones de no conformidad atribuibles a él

(...)
Los porcentajes de la bonificación por desempeño del Empleado y su equipo de trabajo en las disposiciones de HSE, se aplicarán sobre el valor de la bonificación resultante del aporte del Empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo.

Esta bonificación de causarse será calculada y pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio, y 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 servicio – aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero**”. (Énfasis de la Sala)

Como se ve, conforme a la mencionada cláusula cuarta, las partes establecieron que para la liquidación de algunos emolumentos no se tendría en cuenta el bono de asistencia, en tanto que para otros conceptos sí se tenía en cuenta. Lo anterior, nos sitúa en la necesidad de establecer si resulta jurídicamente posible la restricción salarial señalada.

Pues bien, respecto a los factores que constituyen salario, indica el artículo 127 del CST que lo es no solo 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.

En contraste, el artículo 128 del citado código indica que ingresos no constituyen salario, contemplando que no lo es *“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”*.

Sobre el tópico de la desalarización de la retribución que recibe el trabajador, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia del 1º febrero 2011, radicación 35771, tiene averiguado y definido que las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que por ley, claramente tienen tal carácter, hacerlo, se traduce en la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial.

Posteriormente, en sentencia SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y SL12220-2017, puntualizó:

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

*La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa **posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»**. Negrillas fuera de texto.*

En la SL5159-2018, recabó:

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que **la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario**". Negrillas fuera de texto.

Recientemente, en sentencia SL 177-2020 del 21 de enero de 2020, una vez más reafirmó:

"Ha de insistir la Sala en que, ciertamente, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite que existan pagos dentro de la relación laboral que están al margen de tenerse por remunerativos del servicio, o lo que es lo mismo, no salariales.

Sin embargo, lo que autoriza el artículo en cita no es en modo alguno una carta abierta para que las partes pacten cualquier tipo de devengo sin incidencia salarial, comoquiera que dentro de la libertad y autonomía que está presente en la relación de trabajo, no pueden las partes excluir de la connotación salarial pagos que por su naturaleza y esencia sí la tengan, como aquellos que están atados, precisamente, a la retribución del servicio de manera directa.

Ante una discusión así planteada, es deber del juez, singular o colegiado, desentrañar la manera como está pactado un determinado pago sobre el que recae la discusión del contenido salarial y confrontarlo con los hechos probados en juicio".

De los extractos jurisprudenciales rememorados, se observa que el Máximo Tribunal Laboral, tiene prohijado de manera contundente que las partes no pueden pactar que se despoje del carácter salarial a aquellos conceptos que constituyan una remuneración directa del servicio, mejor explicado, no es posible desvalorizar un pago que tiene dicha naturaleza, sino en palabras de la propia Sala de Casación Laboral, *"más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes"*.

Desde ese marco conceptual, lo que interesa es determinar si el *bono de asistencia* tiene el carácter de estipendio retributivo directamente del servicio, es decir, si tiene como finalidad remunerar de forma inmediata la transmisión de la fuerza de trabajo prestada u ofrecida por el actor, debiéndose entender como prestación directa del servicio la transmisión personal que hace el trabajador de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador².

Al respecto, señala la Sala que, el hecho de que el *bono de asistencia* sea cancelado de forma habitual, no es un parámetro ineludible para determinar que constituye salario, conforme lo ha prohijado la jurisprudencia laboral de nuestro máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria, a guisa de ejemplo, en la sentencia SL 1399-2019 del 6 de marzo de 2019: *"no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado"*, pues lo que se debe analizar es la naturaleza de dicho emolumento.

En el mismo orden, en el texto contractual que contempla el *bono de asistencia*, se dejó claro que su causación obedecía al aporte del demandante en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo consistente en la presentación puntual al sitio de trabajo y permanencia en el mismo. En consecuencia, para que el actor fuera beneficiario del bono de asistencia no era necesario que se produjera el despliegue de su fuerza laboral o actividad prestacional, en estricto rigor, dado que la finalidad del emolumento era neutralizar el ausentismo laboral, y ese era el aporte del trabajador en el cronograma de su equipo de trabajo, así como también el cumplimiento de las políticas diseñadas para evitar fatalidades en el desarrollo de las actividades laborales situación que fue corroborada con los volantes de pago que militan a folios 308 al 333 del expediente de los cuales se extrae que el actor compareció al trabajo durante todas las mensualidades retribuidas, dando cuenta de ello el pago del salario ordinario por 30 y 31 días según el mes, a excepción de los meses agosto de 2013; agosto de 2014; marzo y junio de 2015 en los que se pagó el bono de asistencia proporcionalmente debido a unas licencias no remuneradas, suspensión por huelga lo cual constituye una excepción a lo que se considera falta de asistencia de conformidad con el punto dos, criterio i), del numeral 4. del contrato de trabajo.

De manera que, de los volantes de pago dimana que, en efecto, en una ocasión el *bono de asistencia* fue cancelado de forma consecuente con los días laborados por el actor, sin embargo, no encuentra la Sala que tal circunstancia hubiere desnaturalizado su finalidad, pues, de conformidad a lo pactado por las partes, la finalidad del bono de asistencia perseguía neutralizar el ausentismo laboral, procurando el aporte del trabajador en el cronograma de su equipo de trabajo, así como también el cumplimiento de las políticas diseñadas para evitar fatalidades en el desarrollo de las actividades laborales y no retribuir directamente el servicio prestado, como se alega, por cuanto se trata de dos circunstancias diferentes, en la medida en que es posible que un trabajador comparezca a su sitio de trabajo, pero por circunstancias ajenas a su voluntad no sea posible la prestación personal de sus labores, conceptos cuya distinción se percibe de los presupuestos que establecieron las partes para la causación del mencionado bono de asistencia.

Por lo razonado, concluye la Sala que el *bono de asistencia* no es una contraprestación directa del servicio prestado por el trabajador, en virtud de los parámetros jurisprudenciales que sobre la materia ha trazado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que resultan totalmente procedente que se estableciera en la referida cláusula contractual la desalarización de dicho emolumento para algunos conceptos específicos, y acordar que para otros sí constituía Salario, cumpliendo con la especificación, precisión y claridad con la que debe cumplir este tipo de acuerdos, conforme lo consagra la sentencia SL1798-2018, imponiéndose confirmar en este aspecto la sentencia impugnada.

Importa señalar que los razonamientos anteriormente expuestos comportan una carga argumentativa transparente y motivo suficiente para la decisión aquí adoptada, luego de realizarse un estudio riguroso y sistemático de la

jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, entre otras la sentencia SL 1399-2019 del 6 de marzo de 2019, en la que se señala que la habitualidad no es un factor determinante para establecer que un determinado emolumento constituya factor salarial, así como la SL 177-2020, SL 4111-2020, en la que se dispone que es deber del juez, desentrañar en cada caso en concreto la real vocación del emolumento cuya incidencia salarial de depreca, por lo que se considera que, en atención a las sentencias citadas en el presente proveído, así como a las premisas fácticas y el elenco probatorio comprendidos, el bono de asistencia no es una contraprestación directa del servicio, lo que viabiliza los pactos de los contratantes.

Igualmente, cabe anotar que en sentido semejante tuvo oportunidad de pronunciarse la Sala Quinta de Decisión Laboral de este Tribunal, con ponencia del Dr. LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO, dentro del proceso de LEONAR DELGADO RUÍZ, contra CBI COLOMBIANA S.A., y REFINERÍA DE CARTAGENA S.A., -REFICAR S.A.-, y el llamado en garantía, COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., - CONFIANZA, con radicación 13001-31-05-002-2014-00247-02, donde concluyó que el aludido bono de asistencia al que nos hemos referido, no es una contraprestación directa del servicio, sino indirecta, y como tal, puede ser objeto del pacto de desalarización, tanto más, es viable pactar que para la liquidación de algunos emolumentos puede convenirse su carácter salarial y para otros no.

Siguiendo con el estudio de la naturaleza salarial de los pagos recibidos por el demandante, respecto del Incentivo de progreso y la prima técnica, encuentra la Sala que los mismo son de origen convencional, tal como los sostiene la togada recurrente, , por lo que era imperativo para la parte demandante allegar el convenio convencional suscrito, pues solo después de un análisis de mismo resulta posible establecer el carácter salarial de los mismos de cara a lo normado en los artículos 127 y 128 del CST.

Al respecto, debe recordarse que la convención colectiva es una prueba solemne por lo que dicho documental no puede ser suplida por cualquier otro documento, debiéndose allegar con el cumplimiento a las exigencias fijadas en la Ley para su acreditación, así lo tiene averiguado y definido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral entre otras en la sentencia SL848-2018 del 21 de marzo de 2018, rad. 51647, donde sostuvo:

*“En lo que tiene que ver con la incorporación de la Convención Colectiva de Trabajo, sobre la cual la parte demandante sustentaba sus pretensiones, **esta Sala de antaño ha señalado la obligatoriedad de incorporarla y las condiciones en que debe ser aportada.** En efecto, en sentencia de fecha 21 de febrero de 2006, con radicado 26233, puntualizó:*

Al examinarse la documental contenida en el expediente, encuentra esta Sala que, efectivamente, y tal como lo advirtió el ad quem, no se encuentra por parte alguna copia, siquiera simple, de la Convención Colectiva de Trabajo, (...).

Lo anterior indica que el Juzgado no podía proferir condena alguna que tuviera como sustento o medio de prueba la Convención Colectiva de Trabajo y, al hacerlo, desconoció las precisas oportunidades que la ley concede para la solicitud y práctica de pruebas, vulnerando de paso el principio del debido proceso. Se colige entonces que el censor se

equivocó en la formulación del cargo, por cuanto el razonamiento del Tribunal se redujo a no encontrar la prueba de la convención colectiva. De esta manera, se reitera, no puede atribuirse error de hecho al ad quem por falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico como lo señala el artículo 7° de la Ley 16 de 1969, tal como lo afirma el censor.” (Negrillas fuera del texto).

De cara a lo anteriormente, no se puede entonces suplir la mencionada prueba por otra, sin la cual se itera, no se puede efectuar el análisis planteado por la parte actora, lo que da al traste con las pretensiones derivadas de la convención colectiva, lo que se impone confirmar este punto la sentencia impugnada.

6. COSTAS

Sin costas en esta instancia, conforme lo dispone el inciso 8 del artículo 365 del CGP.

7. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de de calenda tres (3) de julio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del presente proceso Ordinario Laboral promovido por **JUAN JOSÉ SARABIA BURGOS** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**, por las razones anteriormente señaladas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado Electrónicamente)
JOHNNESY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada Ponente


MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada
(ACLARACIÓN DE VOTO)


LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado

Firmado Por:

**Johnnessy Del Carmen Lara Manjarres
Magistrado
Sala 001 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: **c03f56b03015a6d55bd92d81ba4b250aa784ab1bb80948970996370a5c7e7b87**

Documento generado en 24/06/2022 02:42:15 PM

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

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