

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Cartagena de Indias, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS

Radicación: 13001-31-05-005-2017-00048-01
(13001-31-05-005-2017-00489-00)

Demandante: ARLINTON CASTRO BERTEL

Demandado: CBI COLOMBIANA S.A. Y OTROS.

Proceso: Ordinario Laboral (Recurso de Apelación)

Fecha Sentencia de Primera Instancia: 19 de junio de 2019

Juzgado de Primera Instancia: Quinto Laboral del Circuito de Cartagena

Tema: Estabilidad laboral reforzada y factores salariales

Concluido el traslado a las partes y luego de revisado y aprobado virtualmente, 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 **JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS** quien la preside, el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de calenda diecinueve (19) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del presente proceso Ordinario Laboral, promovido por **ARLINTON CASTRO BERTEL** contra **CBI COLOMBIANA S.A., REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR**, y las llamadas en garantía **LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.** y **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- CONFIANZA** con radicación única 13001-31-05-005-2017-00048-01 (13001-31-05-005-2017-00489-00).

Lo anterior, con fundamento en el mandato de la Ley 2213 de 2022, la 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.

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 8 de octubre de 2014 hasta el 29 de junio de 2015; que se declare la ineficacia de su despido 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; subsidiariamente solicitó el pago de la indemnización por despido injusto; que se declare que la bonificación de asistencia, el incentivo HSE, el Bono Sodexho, el incentivo de progreso y la primera técnica constituyen factor salarial; que se condene a la demandada a reliquidar a las prestaciones sociales, las vacaciones disfrutadas en tiempo y los aportes a seguridad social; que se condene al pago de las sanciones moratorias previstas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, que declare que la demandada transgredió el principio de igualdad al excluirlo del pago del auxilio de alojamiento y alimentación; que se condene a la demandada a pagarle el auxilio de movilidad dejado de pagar durante la relación laboral; indexación; las costas y agencias en derechos y lo que resulte probado extra y ultra petita.

1.2. Hechos

Como fundamento fáctico de sus pretensiones el actor manifestó laboró para CBI COLOMBIANA S.A., mediante un contrato un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año desde el 8 de octubre de 2014 para desempeñar el cargo de pintor; que en el mes de abril de 2015 empezó a sentir fuertes dolores abdominales situación que puso en conocimiento a su empleador; que el 26 de mayo de 2015 fue hospitalizado en la Clínica Blas de Lezo, siendo diagnosticado con “Nefrolitiasis Bilateral + Ectasia Pielocalicial Riñón Izquierda, por el cual le otorgaron una incapacidad médica hasta el 9 de junio de 2015, siendo prorrogada hasta el 22 de junio de 2015; que no obstante el 18 de junio de 2015 fue sometido de urgencia a una cirugía “Eurteroscopia Flexible con Laser, siendo incapacitado nuevamente desde el 23 de junio al 2 de julio de 2015; que la demandada dio por terminado su contrato de trabajo el 29 de junio de 2015, aun cuando se encontraba en estado de incapacidad médica y debilidad manifiesta.

Agregó que dentro de su remuneración mensual percibía un salario básico más los siguientes conceptos: bonificación de asistencia, incentivo HSE, bono sodexho, incentivo de progreso y la prima técnica, los cuales le fueron pagados de manera habitual y permanente, que tales pagos no fueron tenidos en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, las vacaciones, ni aportes a seguridad social; que la demandada le reconoció un pago mensual denominado auxilio de alojamiento y alimentación, a los trabajadores que tenían su residencia en ciudades distinta a la ciudad de Cartagena, lo cual estimó violatorio del principio de igualdad; que la Refinería de Cartagena S.A., es beneficiaria de su trabajo y dueña de la obra ejecutada por CBI COLOMBIANA S.A.

1.3. Contestación de la demanda

1.3.1. 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 y aceptó el

reporte de incapacidades. En punto a estabilidad laboral aludida, manifestó desconocer la historia clínica del actor y que al momento de la terminación del vínculo laboral éste 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 mérito de buena fe, inexistencia de las obligaciones, prescripción, innominada o genérica.

1.3.2. la **REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.-REFICAR**, frente a los hechos indicó no constarles y aseveró que no está llamada a reconocer obligaciones laborales pues sus efectos están reservados de manera exclusiva a quien ocupe la posición contractual de empleador, calidad que no tuvo. Señaló también que, CBI COLOMBIANA S.A., fue contratista independiente de ésta, pero que de la demanda no se evidencian las eventuales razones de orden fáctico que permitirían llamarla un hipotético deudor solidario de acreencias eventualmente a cargo de CBI COLOMBIANA S.A.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones, prescripción e innominada o genérica. A su vez, llamó en garantía a Liberty Seguros S.A. y a la Compañía Aseguradora de Finanzas S.A.- CONFIANZA S.A.

1.3.3. La **ASEGURADORA CONFIANZA S.A.**, se abstuvo de pronunciamiento frente las condenas pretendidas en tanto que desconocía sus fundamentos fácticos. Admitió la existencia del contrato de seguros EX000898, aclarando que su responsabilidad se circunscribía a lo estipulado por las partes en las condiciones generales de la póliza suscrita, la cual no otorgaba cobertura a indemnizaciones de tipo moratorio ni las derivadas de accidentes de trabajo, sino a las indemnizaciones laborales consagradas en el artículo 64 del CSTYSS. Expresó que no tenía oposición a condena en caso de ser REFICAR S.A. declarada como solidaria responsable de las obligaciones laborales a cargo de CBI COLOMBIANA S.A. por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnización por despido sin justa causa.

Promovió las excepciones de mérito de ausencia de cobertura de cualquier indemnización diferente a la del despido sin justa causa, ausencia de cobertura de prestaciones laborales de tipo extralegal, coaseguro, genérica.

1.3.4. La **LIBERTY SEGUROS S.A.**, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Adujo que la bonificación referida no era recibida como contraprestación directa del servicio, ni existe responsabilidad solidaria entre CBI COLOMBIANA y REFICAR S.A. siendo improcedente además el reconocimiento de la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997. Con relación al llamamiento en garantía, sostuvo que efectivamente se suscribió contrato de seguros EX000898, que cubre perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por ésta, pero se opuso a las pretensiones de la empresa que hizo el llamamiento, puesto que no todos los conceptos reclamados por el demandante están cubiertos por la póliza, pues ésta se encuentra sometida a unos parámetros jurídicos que deben ser

respetados y que no siempre se coinciden con los conceptos eventualmente reconocidos por el juez.

Propuso como excepción de mérito improcedencia de indemnización por despido injusto; improcedencia de incluir en la liquidación de prestaciones sociales los recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo, vacaciones, bono de asistencia; improcedencia de sanción por moratoria, inexistencia de solidaridad, prescripción y genérica.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de diecinueve (19) de junio de dos mil diecinueve (2019), absolvió a las demandadas y a las llamadas en garantía de todas las pretensiones y la condenó en costas al demandante tasando agencias en derecho en un (1) smlmv.

La a-quo sostuvo que el contrato de trabajo del demandante finalizó por la expiración del plazo fijo pactado, lo cual constituye una causa legal de terminación y no un despido, sostuvo, que, si bien para la fecha de la terminación el demandante se encontraba incapacitado, no evidenció nexo causal entre la terminación y el estado de salud del demandante.

En lo concerniente a la naturaleza de la bonificación de asistencia, adujo que en el contrato de trabajo conforme la cláusula cuarta el bono de asistencia se pagaría previo el cumplimiento de unas exigencias, y se excluyó ese pago de la remuneración ordinaria. Así mismo, en la cláusula quinta del contrato las partes acordaron la exclusión salarial de todos los pagos extralegales estipulación que se encuentra amparada en el artículo 128 del CST. Así como el demás pago extralegales de origen convencional los cuales fueron acogidos sin incidencia salarial; precisó que, si bien se le asignó al actor unos beneficios extralegales, no era menos cierto que dichos beneficios fueron pactados sin carácter salarial, no pudiendo ser interpretada de otra forma las cláusulas contractuales y las políticas salariales; no encontrando elementos de juicio para proceder a la pretensión de reliquidación invocada.

3. RECURSO DE APELACIÓN

La togada de la parte demandante arguyó a que a su representado se le dio por terminado el contrato de trabajo estando en incapacidad y de debilidad manifiesta, tal como se advierte de las historias clínicas anexadas al plenario. Inclusive quedó demostrado que las obras finalizaron el 31 de agosto de 2015, lo cual significa que la demandada podía proteger a su representado, como lo hizo con otras personas hasta noviembre del mismo año, no siéndole exigible demostrar una limitación moderada, severa o profunda.

De otro lado, en punto a la reliquidación, sostuvo que todos los pagos recibidos por el trabajador fueron salario y entregados como una contraprestación directa de sus servicios, siendo disfrazados y llamados por otros nombres por

la demandada, lo que hace aflorar su mala fe, siendo procedente la reliquidación de las prestaciones sociales y la sanción moratoria.

Por último, en punto a la solidaridad sostuvo que Reficar no refina petróleo, sino que esta se creó para la ampliación de la Refinería, y para hacerlo contrató a CBI a cambio de unas utilidades, dándose así una transferencia de obligaciones, y por tal, sí existe solidaridad entre ellas.

4. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

4.1. La apoderada de Reficar S.A., alegó que de la lectura esmerada del artículo 34 del CST, pone de relieve que no se trata simplemente de la invocación de ser la codemandada un “contratista” para que se logre imputar con éxito la condición de deudor solidario de determinadas acreencias laborales al “contratante”. Que se requiere de múltiplex condicionamientos tales como: Precio determinado, asunción de todos los riesgos, la realización de la obra con sus propios medios y con plena libertad y autonomía técnica y directiva, presupuesto que no se cumplen, en tanto que no se pactó un precio determinado y Reficar asumió todos los riesgos de la obra.

4.2. La apoderada de la llamada en garantía Liberty Seguros S.A., adujo que la póliza EX000898, 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.

5. ARGUMENTOS DE LA SALA PARA RESOLVER

5.1 Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos que el caso plantea:

- Determinar si al demandante le asiste el derecho al reintegro, sin solución de continuidad, en un cargo igual o mejor al que venía desempeñando en la empresa demandada, así como el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y demás emolumentos causados desde el despido hasta que sea reintegrado efectivamente. Surgiendo como problema jurídico asociado, Establecer si el trabajador gozaba de estabilidad laboral reforzada contemplada en la Ley 361 de 1997.
- Determinar si los denominados bonificación de asistencia, el incentivo HSE, el Bono Sodexho, el incentivo de progreso y la primera técnica constituyen factor salarial, para integrar la base de liquidación de las prestaciones sociales y vacaciones. 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. En caso positivo, determinar si hay lugar a los reajustes deprecados.

- Si hay lugar al pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, para lo cual habrá que verificar si la conducta de la demandada en el pago deficitario de las cesantías fue de mala fe.
- De prosperar alguno de los problemas jurídicos antecedentes, se verificará si existe responsabilidad solidaria de la codemandada REFICAR, así como la responsabilidad de las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS y CONFIANZA S.A.

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 decisión de la Sala 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

Viene pacífica la existencia entre las partes de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año desde el 8 de octubre de 2014 hasta el 29 de junio de 2015. Sin embargo, aqueja el actor que la terminación del contrato obedeció a un despido discriminatorio.

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 continua 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 en relación con el segundo requisito (SL1360-2018).

Cabe indicar 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 que la terminación del contrato se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, así como que se provoque la sanción de 180 días de salario.

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 (29 de junio de 2015).

En esa indagación, encuentra la Sala que se allegó al paginario historia clínica (folio 82), en donde se registra que el día 26 de mayo de 2015, el demandante acudió a urgencia manifestando tener fuerte dolor lumbar, siendo

diagnosticado con “litiasis renal” y por lo cual le otorgaron 15 días de incapacidad desde el 26 de mayo al 9 de junio de 2015 (fl 81), seguidamente se observa a folio 84, una prórroga de incapacidad por 13 días desde el 10 de junio al 22 de junio de 2015; Historia Clínica del 18 de junio de 2015 donde se observa que el actor consultó nuevamente el servicio de urgencia siendo diagnosticado con “Nefrolitiasis Bilateral” (fl 89); incapacidad médica por 10 días desde el 23 de junio al 2 de julio de 2015; orden médica de fecha 10 de julio de 2015 en la que se ordena la realización de una “ureteroscopia flexible + litofragmentación con láser holmium” (fl 97), procedimiento que fue realizado el 23 de septiembre de 2015 (fl 98) y por el cual le otorgan 5 días de incapacidad del 23 al 27 de septiembre de 2015 (fl 99).

Pues bien, del estudio individual y en conjunto de los medios de prueba allegados, estima Sala que de las mismas no se desprende, que, en efecto, el actor padeciera de una afectación de salud que implicara un menoscabo de su capacidad laboral a la fecha de la terminación del contrato de trabajo, en tanto que no dan certeza de la «limitación» o discapacidad relevante en la salud del accionante, pues el diagnóstico «Nefrolitiasis Bilateral» que padecía, y la referencia a algunas incapacidades de carácter transitoria, no comporta *per se* una situación que genere el amparo. En este punto debe hacer distinción la Sala entre los conceptos de incapacidad y discapacidad. La primera, implica afectación transitoria en la salud que, superada, restablece la capacidad de la persona para seguir desempeñando sus labores. En tanto que la segunda, sin duda apareja un menoscabo o disminución de la capacidad de la persona para desempeñar sus labores y precisamente esto último, es el objeto de protección de la estabilidad laboral, presupuesto que no se advierte probado en el caso concreto del demandante.

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). (negritas y subrayado fuera del texto).*

Así pues, resulta palmario que no es la patología, ni estar en incapacidad médica lo que activa la protección de la estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que ella produce en el trabajador para desarrollar su labor, premisa que no se encuentra demostrada en el proceso, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, no encuentra la Sala que al momento del despido el demandante presentara una situación grave de salud, que fuera notoria y evidente, que denote que la “Nefrolitiasis Bilateral”

ocasionaba una limitación en él que impidiera sustancialmente el desempeño de sus labores, con la magnitud de activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues, a partes de la incapacidades, no se observa que el actor durante el vínculo laboral le fueren prescritas restricciones médicas para desempeñar su trabajo, ni le fuere emitido concepto desfavorable de rehabilitación. En suma, no existe ninguna circunstancia que demuestre limitación alguna del trabajador, aquí demandante, en el desarrollo de sus labores, ni se puede inferir la misma de su estado de salud por circunstancias notorias, evidentes o perceptibles, dado que no se probó que la patología del referido, originaran alguna limitación en el desempeño de su trabajo, para que se predicara la protección reclamada.

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 la sentencia recurrida.

3.2.3. Incidencia salarial de la bonificación de asistencia

En punto a la denominada bonificación de asistencia, se advierte que la fuente de dicho pago fue la política Salarial de Reficar, por cuanto de la cláusula octava del contrato suscrito entre las partes se entienden incorporadas al mismo, entre otras, las políticas laborales de la empresa (folio 52). Luego, al verificar la política salarial de Reficar del 01 de octubre de 2013 (cd folio 223), extensivas a trabajadores de contratistas y subcontratistas durante el Proyecto de Expansión de la Refinería de Cartagena, como era el caso del actor, se encuentra que en su cláusula quinta 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.

<i>% Bonificación</i>	<i>Condición</i>
<i>100% de la Bonificación</i>	<i>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</i>

90% 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
85% 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
75% 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
60% de la Bonificación	Haberse presentado durante el mes cuatro (4) o más eventos 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 cinco (5) 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
90% 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
85% 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
75% de la Bonificación	No haberse presentado durante el mes ninguna fatalidad y haber recibido el trabajador como máximo tres (3) observación de no conformidad atribuibles a él
60% de la Bonificación	No haberse presentado durante el mes ninguna fatalidad y haber recibido el trabajador como máximo cuatro (4) 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 cinco (5) observación 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 tomada 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).

Conforme a política salarial de Reficar, las partes establecieron que la bonificación de asistencia sería base de liquidación para algunos emolumentos, en tanto que no se tendría en cuenta para liquidación para otros emolumentos, centrándose el litigio en 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 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 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 reafirmo:

“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 citados, se observa que el Máximo Tribunal Laboral, ha decantado de forma pacífica e incontrovertible 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”*².

Desde ese marco conceptual, lo que corresponde 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 empleador³.

Al respecto, es menester agregar 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.

Pues bien, de la política salarial reseñada, la bonificación de asistencia no fue un emolumento recibido en virtud de la simple y pura prestación del servicio, sino que la bonificación aludida estaba sujeta a dos presupuestos básicos: 1) el aporte del trabajador al cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo, que implicaba la observación de aspectos como la puntualidad asistencia y permanencia en el puesto de trabajo; y 2) el cumplimiento de las disposiciones de higiene, salud y medio ambiente (HSE), direccionado a no presentarse fatalidades u observaciones atribuibles al trabajador.

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, dado que la finalidad del emolumento era contrarrestar el ausentismo del puesto de trabajo, situación que fue corroborada con los volantes de pago que militan del folio 62 al 76 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 de marzo y abril de 2015 en los que el bono de asistencia se pagó proporcionalmente debido a un licencias no remunerada, 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 dos ocasiones el *bono de asistencia* fue cancelado de forma consecuente con los días laborados por el actor, sin embargo, tal circunstancia no desnaturaliza su finalidad, que, como se indicó, 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 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, conceptos cuya distinción se percibe de los presupuestos que establecieron las partes para la causación del mencionado bono de asistencia.

Por lo explicado, concluye la Sala que el bono de asistencia no constituye retribución directa del servicio prestado por el trabajador, en virtud a 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 política salarial de REFICAR S.A., extensiva a la demandada CBI COLOMBIANA S.A., 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 la sentencia impugnada.

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 y para otros no.

Así mismo, importa señalar que, los razonamientos anteriormente expuestos comportan una carga argumentativa trasparente y de motivo suficiente para la decisión aquí adoptada, luego de realizarse un estudio 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, considerándose en consecuencia que en atención a las sentencias citadas en el presente proveído, así como a la premisas fácticas y el elenco probatorio militante, el bono en referencia no tiene incidencia salarial. Decisión con la cual se recoge cualquier otra en sentido contrario.

3.2.3. Incidencia salarial del incentivo HSE, incentivo de progreso, primera técnica, Bono de alimentación Sodexho.

En el CD que reposa a folio 223 del expediente milita copia digital de la Convención Colectiva suscrita entre la Unión Sindical Obrera “USO” Subdirectiva Seccional Cartagena y la empresa CBI COLOMBIANA S.A., vigente para los años 2013-2015, con la respectiva constancia de depósito cumpliéndose lo exigido en lo descrito por el artículo 469 del CST para que tenga plena validez probatoria.

Precisado que la convención colectiva de trabajo arrimada al plenario es susceptible de valoración, se tiene que en su artículo 5 se pactó expresamente que *“La empresa reconocerá mensualmente por alimentación la suma de Doscientos Mil pesos (\$200.000) la cual será cancelada a través de bonos de alimentación. Este beneficio no sustituirá la alimentación que la empresa viene suministrando al trabajador y **no tendrá incidencia salarial.**”* (subrayado y negrilla fuera del texto).

De igual forma, en la cláusula 12 se acordó que *“los salarios y bonificaciones del personal beneficiario, se aplicarán de acuerdo a como se describe en el Anexo No. 1 denominado Tabla de Salarios y Bonificaciones”*

Al revisar el anexo 1, visible en la página 11 del archivo, el cual fue incorporado a la luz de lo dispuesto en la señalada cláusula, se avizora que se consignó expresamente lo siguiente:

“incentivo progreso (hasta 10% Salario básico) – Sin incidencia salarial”.

“incentivo HSE (hasta 10% Salario básico) – Sin incidencia salarial”.

“Prima técnica –Sin incidencia salarial”

Conforme a lo señalado, resulta palmario que las partes celebrantes de la convención colectiva en el marco de la negociación dentro del conflicto colectivo acordaron que los referidos beneficios quedarían sin la incidencia salarial.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se ha pronunciado, vg. en la sentencia del 7 de septiembre de 2010, dentro del proceso radicado 37970:

*“Ahora bien, lo anterior no impide que la Corte recuerde que ha puntualizado que no sólo en el sector privado, sino también en el público, **son jurídicamente válidas y eficaces las cláusulas de las convenciones colectivas de trabajo en las cuales las partes contratantes** - empresa y sindicato -, en el marco de la autonomía de la voluntad y en el contexto de la libertad contractual, **pacten que algunas prestaciones extralegales reconocidas a los trabajadores en el acuerdo no constituyen salario para efectos de la composición de la remuneración base para la liquidación de otros créditos laborales.***

(...)

“Adicionalmente, debe tenerse presente que la pretensión del recurrente de que se tengan en cuenta los razonamientos del Tribunal en cuanto le otorga carácter salarial a la prima de antigüedad consagrada en la cláusula 38 de la convención colectiva de trabajo, pero se desestime su conclusión en cuanto le otorgó plenos efectos a la estipulación según la cual dicha prima no se considera salario para todos los efectos legales y convencionales, va en contra del principio de inescindibilidad que es característico de las normas laborales, pues significaría un fraccionamiento de la cláusula en detrimento de la unidad jurídica que es característica de las normas de trabajo, sin que interese para ello su origen legal o convencional.”

Así las cosas, aquellas orientaciones las reitera hoy la Corte, pues nada hay de ilícito en que algunos beneficios otorgados por una convención colectiva de trabajo, sean excluidos por disposición de las partes celebrantes como factor de salario en la liquidación de algunas o determinadas prestaciones sociales. Suponer como lo hace la censura, que ciertos beneficios convencionales retributivos del servicio sean inexorablemente considerados como salario y con incidencia liquidatoria en derechos laborales, puede afectar el derecho a la negociación colectiva, en tanto el empleador será temeroso y renuente a la concesión de prestaciones por fuera del marco legal, pues bajo la connotación salarial el incremento económico derivado de un convenio colectivo de trabajo podría resultarle exorbitante”.

Así mismo, la sentencia citada, rememoró lo adoctrinado en la sentencia del cinco de febrero de 1999, radicación 11389, en la que había afirmado:

“Nada se opone, por lo tanto, a que las partes acuerden respecto de una determinada prestación que ha nacido a la vida jurídica de lo libremente pactado

*por ellas, sus particularidades y los efectos que su pago producirá, siempre y cuando no se trate de un derecho de estirpe legal. **Carecería de sentido que al resolver un conflicto de intereses originado en la presentación de un pliego de peticiones por parte de los trabajadores, se permitiera a los involucrados en la controversia la creación de nuevos derechos laborales pero se les restringiera la posibilidad de determinar su naturaleza, sus características y los efectos jurídicos de su reconocimiento y pago, pues ello equivaldría a desnaturalizar el fundamento de la negociación colectiva al limitar la iniciativa de quienes en ella intervienen.***

(...)

*“Significa lo anterior que **la posibilidad que tienen quienes suscriben una convención colectiva de trabajo para determinar los efectos jurídicos de las prestaciones que en ella se pacten no surge del artículo 15 de la Ley 50 de 1990** --que simplemente la plasmó en un texto positivo--, **ya que se trata de una facultad inherente a la esencia misma de la negociación colectiva**, existente aun antes de la expedición de esa norma legal y que, en consecuencia, para su cabal utilización no depende de su reconocimiento por un precepto legal.”*

Conforme a la jurisprudencia citada, emerge diamantino que, luego de que las partes dentro del marco de una convención colectiva restaron la naturaleza salarial de un determinado concepto, con posterioridad no puede cuestionarse tal disposición a menos que sea dentro del marco propio de la denuncia de la norma convencional, por lo que no es admisible que por la sola pretensión del demandante se cambie la naturaleza de dichos pagos o que se declare ineficaz la cláusula convencional, porque ello conllevaría inexorablemente a la transgresión del principio de inescindibilidad del Derecho del Trabajo y a su vez atentaría contra el fundamento del derecho de la negociación colectiva, postura que adopta la Sala con base en los precedentes analizados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia concreta. De manera que, frente a la clara concertación de los contratantes en el marco de una negociación, que constituye una conquista, más allá de las mínimas garantías laborales, y de la que dimana válida la voluntad, deviene su fuerza vinculante, por lo que aplicación a los principios de motivación y razón suficiente, como se dijo, se adopta esta decisión y como a esa misma conclusión arribó el juez de primera instancia, se impone confirmar este punto la sentencia impugnada.

Finalmente, dada la decisión absolutoria, se relevará la Sala de estudiar la imposición de la sanción moratoria y la solidaridad de la Refinería de Cartagena S.A.

6. COSTAS

Sin costas en esta instancia conforme lo dispone el inciso 8 del artículo 365 del CGP por no haberse causado.

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 calenda diecinueve (19) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del presente proceso Ordinario Laboral, promovido por **ARLINTON CASTRO BERTEL** contra **CBI COLOMBIANA S.A., REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. -REFICAR**, y las llamadas en garantía **LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.** y **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.-CONFIANZA**, por las razones anteriormente señaladas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia conforme lo dispone el inciso 8 del artículo 365 del CGP por no haberse causado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado Electrónicamente)

JOHNESSY 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: **289d2b4ba8d343d60262acfb320d5137a85aedecd5aeba966201ccd9685743a7**

Documento generado en 30/06/2022 04:43:57 PM

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