

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA TERCERA LABORAL
CARTAGENA – BOLÍVAR****MAGISTRADA PONENTE: Dra. MARGARITA MÁRQUEZ DE
VIVERO****Proceso:** Ordinario Laboral**Demandante:** OSMIRO CASTILLA MARRUGO**Demandado:** CBI COLOMBIANA S.A**Fecha de Fallo Apelado:** 29 de septiembre de 2016**Procedencia:** Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena**Radicación:** 13001-31-05-008-2015-00030-01

En Cartagena de Indias, a los veintitrés (23) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), siendo la oportunidad y fecha señalada por auto anterior para proferir sentencia escrita dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **OSMIRO CASTILLA MARRUGO** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**, **REFICAR S.A** y las llamadas en garantía **COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A** y **LIBERTY SEGUROS S.A.**, conforme a los lineamientos vertidos en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, en concordancia con en el Decreto Legislativo 428 de 2020 y los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020 respectivamente, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se reunió la Sala Tercera Laboral de este Distrito Judicial, integrada por los Magistrados: **LUIS JAVIER ÁVILA CABALLRO**, **CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS** y **MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO**, quien la preside como ponente, para proferir la siguiente:

S E N T E N C I A

Encuéntrese el presente asunto para resolver el recurso de apelación interpuesto por ambos extremos procesales de la litis contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena el 29 de septiembre de 2016, mediante la cual se condenó a CBI COLOMBIANA S.A y a REFICAR S.A a consignar en el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el señor Osmiro Castilla Marrugo, las diferencias dejadas de cancelar como consecuencia de no haber incluido el bono de asistencia en la base para liquidar los aportes a pensión. Absolviendo a CBI COLOMBIANA S.A., REFICAR S.A y a las llamadas en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A y LIBERTY SEGUROS S.A del resto de las pretensiones de la demanda.

1. A N T E C E D E N T E S**1.1. PRETENSIONES:** por intermedio de apoderado judicial el señor Osmiro

Castilla Marrugo, presenta demanda ordinaria laboral contra CBI COLOMBIANA S.A y REFICAR S.A, a fin de que se declarara que entre este y CBI existió un contrato de trabajo del 22 de marzo de 2011 al 3 de abril de 2014. Así mismo, que se declarara, que, al momento de la terminación del contrato, el actor había adquirido el derecho a que se refiere el numeral segundo del artículo 46 del CST, motivo por el cual, solicita se condene al pago de indemnización por despido injusto.

Pretende, además, que se declarara que CBI COLOMBIANA S.A, excluyó del factor salarial la bonificación por asistencia y el bono de productividad, por tanto, pidió que se condenara solidariamente a las demandadas, a la reliquidación de las prestaciones sociales, horas extras, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivos, vacaciones disfrutadas en tiempo y aportes al sistema de seguridad social.

Finalmente, solicita se condene a la demandada al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST (Fl.4-6).

1.2. HECHOS: Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el apoderado de la parte demandante manifiesta que el señor Osmiro Castilla Marrugo laboró para la demandada CBI COLOMBIANA., desde el 22 de marzo de 2011 hasta el 3 de abril de 2014, fecha en la que asegura haber sido despedido sin justa causa.

Sostiene, que el cargo desempeñado por el actor fue el de Almacenista y que luego de la finalización de la relación laboral, CBI contrato a otros trabajadores para que continuaran desempeñando las funciones del demandante, violando así su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Por otro lado, afirma que, para la liquidación de prestaciones sociales, horas extras y trabajo suplementario, no se tuvo en cuenta lo devengado por el actor por concepto de bono de asistencia, el cual a su juicio constituyen factor salarial por ser retribución directa del servicio, debiendo ser incluido en la base para liquidar tales acreencias (Fl.1-3).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: CBI COLOMBIANA S.A alega que el contrato de trabajo entre las partes no fue finalizado por decisión unilateral de la empresa demandada, sino con fundamento en una causa legal, consistente en la expiración del plazo fijo pactado, entregándose el preaviso con la antelación prevista en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo.

En lo concerniente a la pretensión de reliquidación de prestaciones sociales y trabajo suplementario, considera que no hay lugar a la prosperidad de la misma, toda vez que el bono de asistencia no tienen naturaleza salarial, de acuerdo con el pacto celebrado entre las partes.

Finalmente, propuso las excepciones de prescripción y buena fe (Fl.181-205).

Por su parte, REFICAR S.A sostiene no haber sido empleadora del demandante, pues su objeto social se circunscribe en la refinación, distribución y comercialización de hidrocarburos, mas no en la fabricación, construcción o montaje de obras (Fl.115-123).

De igual forma, solicitó se llamara en garantía a la COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A y LIBERTY SEGUROS S.A, alegando para tales efectos, que en virtud del contrato celebrado entre REFICAR y CBI COLOMBIANA S.A, este último en su calidad de contratista constituyo la póliza de cumplimiento No. 01 EX000898.

La COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A y LIBERTY SEGUROS S.A se opusieron a las pretensiones de la demanda y aducen no tener conocimiento de los hechos que en ella se relacionaban.

Así mismo explicaron, que la póliza de cumplimiento presenta un contrato de coaseguro, en virtud del cual CONFIANZA S.A debe responder eventualmente por el 80.70% de la condena impuesta y LIBERTY SEGURO únicamente por el 19.30% (Fl.349-355, 385-398).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena en audiencia efectuada el día 29 de septiembre de 2016, condenó a CBI COLOMBIANA S.A y REFICAR S.A. a consignar en el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el señor Osmiro Castilla Marrugo, las diferencias dejadas de cancelar como consecuencia de no haber incluido el bono de asistencia en la base para liquidar los referidos aportes. Si bien, en la parte motiva de la providencia la Juez A-quo señala que no va a imponer condena contra REFICAR S.A, en la parte resolutive dispone que dicha sociedad también debe responder por el pago de tales diferencias.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que al actor le era aplicable la política salarial del año 2010, la cual establecía que el bono de asistencia debía ser tenido en cuenta para liquidar aportes a pensión, por lo que ordenó el pago de las diferencias causadas por este concepto.

Por otro lado, determinó, que no era posible acceder a la reliquidación de trabajo suplementario, pues de acuerdo con lo establecido en el contrato y en la política salarial que se aplicaba a los trabajadores de CBI COLOMBIANA, el valor a pagar por concepto de horas extras diurnas, nocturnas, recargos dominicales y festivos se calcula teniendo únicamente en cuenta el salario básico devengado por el trabajador, por lo que a su juicio el bono de asistencia no podía ser tenido en cuenta a la hora de liquidar de tales conceptos.

En cuanto a la indemnización por despido injusto, consideró que no había lugar a la misma, debido a que el contrato suscrito entre las partes finalizó por expiración del plazo fijo pactado.

1.5. RECURSO: Inconforme con tal decisión, el extremo activo de la litis se alza en apelación, alegando para tales efectos, que la bonificación por asistencia

si constituye factor salarial, por ser retribución directa del servicio prestado, y por tanto debe incluirse en la base para liquidar el trabajo suplementario.

Insiste en que el bono de asistencia si tenía naturaleza salarial, y por tanto cualquier pacto celebrado entre las partes es ineficaz. Reitera, además, que REFICAR S.A, debe responder solidariamente por el pago de las condenas que lleguen a imponerse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por su parte, CBI COLOMBIANA S.A., sostiene que contrario a lo establecido por la juez A-quo, en la liquidación de los aportes a pensión si se incluyó lo devengado por el actor por concepto de bono de asistencia, pues así se encuentra estipulado en el contrato de trabajo y en la política salarial.

1.6. DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA: El 5 de febrero de 2018, el apoderado de la parte demandante, presenta escrito manifestando que desiste parcialmente del recurso de apelación, específicamente en lo referente a la declaratoria de responsabilidad solidaria de REFICAR S.A.

Mediante auto de 14 de febrero de 2018, la Sala acepta el desistimiento, por tanto, el estudio de la Sala se centrará en determinar si hay lugar a la reliquidación de trabajo suplementario y prestaciones sociales del actor.

Mediante auto de fecha 30 de abril de 2019 se fijó fecha para audiencia de trámite y fallo de instancia para el día 9 de mayo de 2019, audiencia que fue abierta y se presentaron los respectivos alegatos, pero se aplazó por problemas con el audio y se fijó nueva fecha para celebrar audiencia para el día 16 de mayo de 2019, la cual no se realizó.

2. CONSIDERACIONES

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia del Juez y capacidad procesal están satisfechos, en razón de ello la sentencia será de mérito.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El estudio de la Sala se contrae en determinar, si la suma acordada por las partes en el contrato de trabajo, y que se denominó como “*Bono de Asistencia*” constituye o no salario.

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

Para abordar los problemas descritos, esta Colegiatura comenzará por realizar un análisis de los pactos de desregularización salarial a partir de la interpretación constitucional y legal que sobre ellos ha realizado la jurisprudencia, para finalmente, descender al caso concreto.

2.3. NORMAS Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO

- Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 127 y 128
- Sala de Casación Laboral, sentencia del 12 de febrero de 1993 con Rad.5481
- Corte Constitucional sentencias C-521 DE 1995 y C-710-1996
- Sala de Casación Laboral sentencia del 1 feb. 2011, Rad. No. 35771
- Sala de Casación Laboral sentencia del 13 de junio de 2012, Rad. No. 39475
- Sala de Casación Laboral sentencia del 3 de julio de 2013, Rad. No. 40509
- Sala de Casación Laboral sentencia del 18 de octubre de 2017, Rad. No. 51923
- Sala de Casación Laboral sentencia de 14 de noviembre de 2018, Rad. 68303
- Sala de Casación Laboral sentencia del 17 de julio de 2019, Rad. No 64255
- Sala de Casación Laboral sentencia del 4 de diciembre de 2019 Rad. No 68005
- Sala de Casación Laboral sentencia del 21 de enero de 2020, Rad. No 63154

2.4. INTERPRETACIÓN DE LOS PACTOS DE EXCLUSIÓN SALARIAL UN ANALISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.

Por su parte, el artículo 128 del CST regula los pagos que no son considerados salarios al señalar que no gozan de tal connotación: **(i)** las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador; **(ii)** lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio sino para desempeñar sus funciones y; **(iii)** los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente y otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente.

Ahora, si bien de acuerdo con la norma en cita las partes tienen la facultad para acordar que determinada suma no tenga incidencia salarial, esa facultad no es absoluta, tal y como lo ha enseñado tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional.

A continuación, se realiza un estudio de los diferentes pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral desde el año 1993 hasta el 2020, con el fin de explicar la postura y la doctrina que dicha Corporación ha adoptado

respecto de la hermenéutica o interpretación que debe dársele al último inciso del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo:

➤ El primer pronunciamiento frente al tema, lo constituye la **SENTENCIA DEL 12 DE FEBRERO DE 1993 CON RAD. NO. 5481**, la cual debe considerarse como la “SENTENCIA HITO”, pues de ella se ha desprendido toda la línea jurisprudencial. En esta providencia, la Corte explicó el alcance de los artículos 127 y 128 del CST luego de la modificación introducida por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, estableciendo lo siguiente:

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

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

➤ La Corte Constitucional también se ha pronunciado en sede de control abstracto sobre el artículo 128 del C.S.T, así en **SENTENCIA C-521 DE 1995** la Sala Plena de dicha Corporación, estableció que los extremos de la relación laboral tienen la autonomía para pactar que ciertos pagos extralegales que se cancelan de forma habitual u ocasional no sean factor salarial, reconoció

que tal facultad es inherente al contrato de trabajo y cuenta con reconocimiento de la Constitución, no obstante, advirtió que la celebración de esos acuerdos **NO ES ABSOLUTA**, toda vez que posee límites en cuanto a su contenido. Límites que radican en que los pactos de desregularización salarial no pueden lesionar derechos fundamentales del trabajador o principios constitucionales, verbigracia el principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

➤ Seguidamente en **SENTENCIA C-710-1996** al estudiar la mencionada norma la Corte determinó que la misma era exequible, pero bajo este entendido:

“El artículo 128 se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. Por tanto, la norma, así entendida, es constitucional”.

El artículo 128, como norma de carácter general, no es contraria a la Constitución. En caso de que los regímenes salariales a que hacen referencia los actores, desconozcan esta norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él, como se ha explicado, se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

➤ En consonancia con lo anteriores precedentes, la Sala de Casación Laboral en **SENTENCIA DEL 1 FEB. 2011, RAD. 35771**, remembró respecto a los pactos no salariales, que las partes contratantes sí pueden establecer que determinados pagos no constituyan salario, pero solo pueden hacerlo cuando real y efectivamente tales sumas no retribuyen el trabajo y, por tanto, no sea para beneficio del trabajador, mucho menos para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, textualmente dijo:

“No está demás advertir lo que tiene señalado, desde antaño, esta Sala, sobre que las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del CST; tales acuerdos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario. Así lo asentó esta Sala en la sentencia con radicación 30547 de 2009, que a su vez reitera lo dicho en la sentencia 27235 del 10 de julio de 2006:

De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, se entiende

por salario “no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, **así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, [...]. En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz**”.

Concluyó la Corte: “Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, **conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.**

Ello traduce 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. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

- En igual sentido, en **SENTENCIA DE 13 JUN. 2012 Rad. No. 39475**, la Corte expuso:

“Si bien las partes tienen la facultad para acordar que determinada suma no tenga incidencia salarial, esa facultad no es absoluta, tal y como también lo ha enseñado la jurisprudencia constitucional, en sentencias como C- 401 de 2005” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

- En el mismo orden, en la **SENTENCIA SL 403-2013**, quedó establecido que:

“Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que **todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes**

en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.

En esta sentencia al igual que en la de 2012, la Corte reiteró la postura adoptada desde sentencia del 12 de febrero de 1993 con Rad. No. 5481, señalándose incluso que dicho fallo constituye la DOCTRINA que sobre el tema de los pactos de desalarización acoge y mantiene la Sala de Casación Laboral.

➤ Luego en **SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2018 RAD. NO. 68303** la Sala de Casación Laboral realiza un recuento de su posición respecto de la interpretación del inciso final del artículo 128, reiterando una vez más:

*“En efecto, **ha adoctrinado esta corporación que resulta dable a la luz de esta disposición, acordar que determinados beneficios o auxilios extralegales, a pesar de ser retributivos del trabajo, sean excluidos del cómputo de las prestaciones sociales.** Así se indicó en sentencia CSJ SL13707-2016:*

La Sala ha indicado que la libertad concedida a las partes en el artículo 128 del C.S.T para calificar qué es salario, no significa que estas le puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, sino que al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros; así se precisó en la sentencia del 13 de junio de 2012 radicación 39475, en los siguientes términos: En el segundo cargo, el argumento central del impugnante para atribuirle al Tribunal la equivocada hermenéutica de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, se hace descansar, exclusivamente, en la sentencia del 7 de febrero de 2006, radicado 25734.

La citada providencia en efecto se refiere a la hermenéutica de que han sido objeto los artículos 127 y 128 del C.S.T., sin embargo, bien se impone destacar que en dicha oportunidad, como en otras tantas, la Sala reiteró la doctrina que dejó sentada en la sentencia del 12 febrero de 2003, radicada bajo el número 5481, misma en la que el ad quem, en el presente caso, fundamentó su decisión.

Ciertamente, reza la sentencia impugnada: La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la facultad establecida en la Ley 50 de 1990 y que el demandado reclama desconocida por el a quo, no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen. Así, ha sostenido:

Estas normas, en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto constituye salario ya no lo es en virtud de la disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus, trabajadores. En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo

mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones. Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo’. Sala de Casación Laboral, Rad. 5481., M.P. Hugo Suescun Pujois.” (Subrayas de la Sala).

➤ En **SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2018 RAD. NO. 68303** la Corte recordó que la facultad establecida en el artículo 128 del CST no es una autorización para restarle la incidencia salarial a los pagos que por esencia lo son. Esto por cuanto la preceptiva hace referencia a los emolumentos que, si bien, no retribuyen o compensan directamente el servicio, podrían llegar a ser considerados salario o plantearse la discusión. Así lo explicó la Corte:

“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 (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «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», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), NO PODRÍAN LAS PARTES, A TRAVÉS DE ACUERDO, CONTRARIAR LA NATURALEZA DE LAS COSAS O DISPONER QUE DEJE DE SER SALARIO ALGO QUE POR ESENCIA LO ES. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio,

ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

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.

Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, **que es posible anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva, no es salario por decisión de las partes.**

➤ Posteriormente en **SENTENCIA DEL 17 DE JULIO DE 2019 RADICACIÓN N° 64255**, la Corte reiteró una vez más lo consignado en la sentencia con Radicado No. 5481 de 1993, pero en esta oportunidad estableció un límite a la facultad de que un pago que sea salario pueda excluirse de la base de cómputo para la liquidación de acreencias laborales, indicando:

“En punto al artículo 128, esta Corporación ha adoctrinado que la libertad concedida a las partes para calificar qué es salario, no significa que estas puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, sino que, al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros, siempre y cuando no atente contra la remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, lo que en efecto aconteció en el sub examine”.

➤ En **SENTENCIA DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2019 RAD. NO 68005** puntualizó una vez más:

“(…) si bien, las partes tienen la facultad de acordar que determinado ingreso no tenga incidencia prestacional, por así autorizarlo el artículo 128 del mismo estatuto, tal posibilidad no puede convertirse en una especie de patente para restar connotación salarial a pagos que por su naturaleza y esencia la tengan, en tanto recompensan el trabajo personal y subordinado que realiza un trabajador”.

➤ Finalmente, en **SENTENCIA DEL 21 DE ENERO DE 2020 RAD. No. 63154** la Corte, con fundamento en la jurisprudencia antes citada, recapitulo que la facultad prevista en el artículo 128 del CST, en virtud de la cual se pactó una cláusula de exclusión salarial no tenga límites; por el contrario, no es dable para el juez del trabajo avalar un acuerdo como éste, si advierte que el concepto al que se le resta esta incidencia salarial, en verdad constituye una remuneración directa del servicio, es habitual o permanente e ingresa efectivamente al patrimonio del trabajador, por lo que el operador judicial debe analizar cada caso particular. Puntualizó que:

“En efecto, la Corte considera preciso recordar que el pacífico y sostenido criterio jurisprudencial de esta Corporación sobre el particular ha dejado claro que la condición salarial o no de una determinada suma de dinero que percibe el trabajador en el marco de un contrato de trabajo, no depende de la denominación que le hayan dado las partes en el acto de creación, ni menos aún de la voluntad autónoma del empleador, sino de la inequívoca circunstancia de que, como se dijo, se pague para retribuir el servicio personal del empleado (CSJ SL13707-2016 y CSJ SL8216-2016).

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 esta manera, resulta para la Sala evidente que el yerro del Tribunal se consolidó cuando limitó su análisis a la simple existencia formal de un pacto de exclusión salarial contenido en el contrato de trabajo suscrito entre las partes sin su debida y necesaria contrastación con la realidad del servicio”

De la línea jurisprudencial expuesta, esta Corporación puede extraer una serie de conclusiones entorno a la correcta interpretación que debe dársele al artículo 128 del CST. Conclusiones que constituyen la piedra angular o los parámetros para definir todos aquellos casos en se pretenda la declaratoria de salario de un determinado pago o lo que es lo mismo la ineficacia de un pacto de exclusión salarial:

1. El artículo 128 debe ser entendido en el contexto de que el pacto de desalarización NO ES ABSOLUTO, y no implica la posibilidad de que por acuerdo de partes se le quite el carácter salarial a un pago que remunera directamente el servicio prestado. De acuerdo con la doctrina expuesta desde la sentencia de 1993 DESALARIZAR no significa quitarle naturaleza salarial a un pago que por esencia lo es, pues este artículo lo que permite es que las partes puedan pactar que un pago que es salario pueda ser tenido en cuenta para liquidar o no ciertas prestaciones.

2. No es posible desvirtuar la naturaleza salarial de un pago que en verdad lo es *“El artículo 128 no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”*.

3. El pacto de exclusión salarial solo puede ser usado en dos casos: **1)** solo puede recaer sobre pagos que no retribuyan directamente el servicio prestado, es decir sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, eventualmente podrían llegar a ser considerados salario, esto con el fin de evitar litigios futuros y; **2)** es válido pactar que un pago que es salario, no sea tenido en cuenta como factor salarial para liquidar ciertas prestaciones, indemnizaciones o trabajo suplementario, siempre y cuando no atente contra la remuneración mínima, vital, móvil y resulte proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

4. Los pactos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, sin embargo la norma no debe ser entendida como una autorización incondicional e ilimitada a las partes para disponer que no constituya salario cualquier pago dado al trabajador, habida cuenta que esa interpretación desnaturalizaría la connotación de salario que tienen algunos beneficios, y desatiende el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.

5. Al artículo 128 del estatuto laboral, debe dársele una interpretación sistemática que armonice su contenido con las normas constitucionales, del bloque de constitucionalidad y legales que regulan lo atinente a los factores salariales. Ello impone entender que la autorización de exclusión salarial está restringida a los fines y eventos enunciados en el artículo 128 referido, y a los casos análogos a éstos en que los pagos no retribuyan efectiva y directamente el trabajo, o que no estén destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, sino a que éste desempeñe adecuadamente sus funciones.

6. El juez laboral debe evaluar, si el pacto que excluye el carácter salarial de un pago es una remuneración al trabajador por el servicio prestado o si cuenta con los elementos establecidos en el artículo 127 de Código Sustantivo del Trabajo, estudiando las circunstancias de cada caso concreto, las pruebas que obran en el expediente y atendiendo a la finalidad del ingreso.

7. Cuando en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo se pretenda excluir salarialmente un pago que en realidad es recibido por el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, ese pacto deberá considerarse ineficaz, en atención al mandato establecido en el artículo 43 del CST.

8. Con lo establecido en el inciso final del artículo 128 del CST, el legislador autorizó a las partes celebrantes de un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras acreencias

laborales, siendo este el entendimiento y alcance que debe dársele a dicho precepto.

9. De acuerdo con la doctrina de la Sala de Casación Laboral, las partes no pueden quitarle naturaleza salarial a un pago que por esencia lo sea, pero si pueden acordar que determinado ingreso salarial no tenga incidencia prestacional.

2.5. DE LA VALIDEZ DEL PACTO DE EXCLUSIÓN SALARIAL

Luego de efectuar un estudio detallado, exhaustivo y pormenorizado de la jurisprudencia antes citada y un análisis de las pruebas traídas al proceso, esta Colegiatura encuentra necesario rectificar el criterio que hasta la fecha había adoptado en este tipo de casos, de conformidad con los argumentos que se explican a continuación:

En el caso de marras, no existe controversia en torno a que el “*Bono de asistencia o Bonificación por Asistencia*” fue ofrecido por CBI al accionante, de acuerdo con la política salarial implementada por el contratante REFICAR S.A, explicándosele al trabajador las condiciones, las cuales fueron aceptadas de forma voluntaria, ya que en la demanda nunca se alegó la existencia de un vicio en el consentimiento.

Pues bien, a folios 196 a 203 del expediente milita copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en cuya cláusula cuarta se estableció que la remuneración mensual del señor Osmiro Castillo Marrugo estaría conformada por dos factores: por un lado, un salario ordinario por valor de \$1.376.910, y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada hasta por la suma de \$619.620.

En la referida cláusula, se dispuso, además, que el bono de asistencia se causaría “por *asistencia al trabajo, en proporción al tiempo de trabajo y se liquidaría en relación al cumplimiento del tiempo de trabajo planeado* y en un futuro, en adición a la anterior condición, en relación con el desempeño del empleado en la política de Higiene, Salud y Medio Ambiente (HSE)”.

Más adelante se señala, que si dicha bonificación se causaba se tendría en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales, cesantías, intereses y primas de servicios, aportes a seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero, más no para la liquidación de recargos por trabajo suplementario, recargos nocturnos, dominicales, festivos y vacaciones disfrutadas en tiempo, así se dejó textualmente consignado en la política salarial.

En este orden de ideas, lo primero que evidencia la Sala es que CBI COLOMBIANA nunca desconoció la naturaleza salarial de la referida bonificación, pues nótese, que, en las mismas especificaciones de causación, dejó establecido que la misma dependía de la asistencia y el cumplimiento del trabajo, es decir de la prestación efectiva del servicio contratado.

Lo anterior implica, que el pacto celebrado entre las partes no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, ya que incluso se especificó que el bono si tuviera incidencia salarial.

De lo expuesto, se extrae que el pacto de desalarización en realidad consistió en acordar que, pese a que el bono de asistencia era salario, este solo sería tenido en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, vacaciones compensadas en dinero, indemnizaciones e incluso aportes a seguridad social, excluyendo únicamente las horas extras, el trabajo suplementario y las vacaciones disfrutadas en tiempo.

Pactó que, a la luz de lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, es totalmente eficaz, ya que se trataba de un pago extralegal que no desconocía la remuneración mínima trabajador, siendo válido que las partes acordaran sobre su inclusión en la base para liquidar ciertas acreencias.

No puede considerarse, que dicho acuerdo violentara los derechos del trabajador, ya que las prestaciones sociales que constituyen el rubro más significativo que recibe el trabajador luego del salario y los aportes a seguridad social, eran liquidados teniendo en cuenta el bono de asistencia.

De las pretensiones de la demanda, se extrae además que de acuerdo con los cálculos efectuados por la parte actora en los 4 años que duró la relación laboral, el señor Osmiro Castillo Marrugo solo dejó de recibir por no liquidación de trabajo suplementario con inclusión del bono de asistencia la suma de \$3.287.199 suma que resulta ínfima si se tiene en cuenta todo lo que el actor percibió por el pago de dicho bono y su inclusión en la liquidación de prestaciones sociales durante todo ese periodo de tiempo, lo que a todas luces cumple con el límite que impone la Sala de Casación Laboral para estos pactos, pues nunca se afectó el mínimo vital y fue proporcional al trabajo realizado.

Limitar la posibilidad de que las partes efectúen este tipo de convenios siempre y cuando no se violenten los derechos mínimos, impediría que los empleadores concedieran prerrogativas superiores a las legales, entendiéndose por supuesto que no puede perderse de vista que la eficacia de estos pactos depende del análisis de las condiciones de cada caso en particular y de las pruebas traídas al proceso.

El pacto aquí celebrado no tuvo como propósito quitarle el carácter de salario al bono de asistencia, sino acordar que el mismo, pese a ser salario, solo sería tenido en cuenta para liquidar ciertos emolumentos, y bajo este entendido el referido pacto goza de eficacia.

Salario y factor salarial no son lo mismo, pues el primer término hace referencia a todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, mientras que el segundo hace alusión es a cuáles de dichos pagos hacen parte de la base para liquidar prestaciones, indemnizaciones o trabajo suplementario,

por tanto, CBI no desconoció el carácter de salario del bono, sino que limitó su inclusión como factor para liquidar ciertas prestaciones.

Si bien esta Sala había interpretado que el pacto desconocía la naturaleza salarial del bono de asistencia, pues no era posible que un pago fuera tenido como salario para unos casos y para otros no, como se dijo, se habrá de rectificar dicho criterio, para en su lugar entender que, a la luz de la doctrina que la Sala de Casación Laboral acoge desde la sentencia con radicado No.5481 de 1.993, en el presente caso, el pacto de exclusión salarial del bono de asistencia es válido, pues con él no se pretendió quitar el carácter de salario a un pago que por esencia tenía esa naturaleza, sino excluir el mismo de la base para liquidar trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo, lo cual es permitido por el artículo 128 del CST, según la interpretación que de su alcance ha hecho la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción.

Ahora, y en cuanto al recurso de apelación del demandando que le sea revocada la condena por reliquidación de aportes a la seguridad social, también debe prosperar por lo siguiente:

La pretensión del demandante sobre este punto nunca fue que se reliquidara sus aportes a seguridad social porque no se le incluyera el bono de asistencia en la misma, pues ello nunca ha estado en discusión. Lo pretendido siempre fue que, como una consecuencia directa de no incluir dicho bono para la liquidación del trabajo suplementario, debía reliquidarse, entre otras cosas, los aportes a seguridad social, porque a su juicio variaba la base salarial para su pago. Sin embargo y como ya se explicó, la exclusión del bono para trabajo suplementario fue eficaz y en ese sentido la condena de la juez por este concepto no se sostiene, puesto que partió del supuesto errado que el bono de asistencia no se había incluido para dicho pago, cuando ello no fue una pretensión, ni fue objeto de discusión, ni viene probado que no se le hubiere pagado.

Así las cosas, como quiera que la pretensión de la demanda era la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social por la no inclusión del bono de asistencia *en la liquidación del trabajo suplementario*, y dado que esta Colegiatura ha concluido que esa exclusión tuvo como fundamento un pacto de desalarización que es eficaz, no había lugar a ninguna de las súplicas de la demanda, incluida la condena de la juez por aportes en seguridad social, puesto que al trabajador nunca cuestionó la inclusión del bono de asistencia para liquidar sus aportes a la seguridad social y prestaciones sociales, sino que se le reliquidara por el hecho de aumentársele la base salarial al tenérsele en cuenta el bono para trabajo suplementario, luego al desestimarse ese argumento, se deben desestimar todas las condenas, pues nunca se generó diferencias pagar, y en tal sentido será revocada la sentencia apelada en todas sus partes para en su lugar absolver al demandando de todas las condenas impuestas, imponiendo las costas en ambas instancias a cargo del demandante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE

CARTAGENA; ADMINISTRADO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA, Y POR AUTORIDAD DE LA LEY;

RESUELVE:

1° REVOCAR en todas sus partes el fallo apelado para en su lugar **ABSOLVER** de todas las condenas impuestas al demandado.

2° COSTAS en ambas instancias cargo de la parte demandante Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un 1% en primera instancia, y un (1) S.M.L.V en segunda conforme al acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y que regula las tarifas de las agencias en derecho en los procesos laborales.

3° Una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada Ponente



CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado Sala Laboral

(Con Salvamento de Voto)



LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que me merece la decisión mayoritaria, me aparto de la misma porqué considero que se confirme los apartes condenatorio de la sentencia y se revoque parcialmente la parte absolutoria de la sentencia de primera instancia para conceder la reliquidación del trabajo suplementario si es que existe prueba del mismo ya que el proyecto no lo contempla, en primer lugar por cuanto reconociendo el proyecto que el bono de asistencia constituye salario porque obedece a la prestación directa del servicio es un contrasentido afirmar que es factible su desalarización por acuerdo entre las partes, sobre todo cuando el bono representa más del 50% del salario del trabajador. De tal manera que a mi criterio el susodicho bono hace parte del núcleo esencial del salario, por lo que no es de recibo afirmar que no se esté violando derecho fundamental alguno. En el fondo se está fraccionando el salario real del trabajador para presentarlo como

un básico y un extralegal. De allí que me mantenga en la posición que se había venido estableciendo por la Sala Laboral, en el sentido de que el bono constituye salario por ser una prestación directa del servicio.

Adicionalmente considero que el proyecto no ha definido unos extremos de la Litis, en lo referente a la condena de reliquidación de los aportes a seguridad social apelado por la parte demandada, cuando el propio proyecto contempla que el bono de asistencia es factor salarial para los aportes a seguridad social.



CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
Magistrado Sala Laboral

Firmado Por:

**MARGARITA ISABEL MARQUEZ DE VIVERO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 LABORAL DE CARTAGENA**

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:

1cc4ea755b6d77943fe7cf19d0230245c32e2e676f1c069d65d175c6dd097e9c

Documento generado en 23/07/2020 05:37:12 p.m.