

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA TERCERA LABORAL
CARTAGENA – BOLÍVAR**

MAGISTRADA PONENTE: Dra. MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: ARNOLD BUELVAS GARCÈS

Demandado: CBI COLOMBIANA S.A.

Fecha Fallo Apelado: 19 de julio de 2017

Procedencia: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena

Radicación: 13001-31-05-001-2015-00038-01

En Cartagena de Indias, a los once (11) días del mes de marzo 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 **ARNOLD BUELVAS GARCÈS** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**, conforme a los lineamientos vertidos en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, en concordancia con 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 la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena el 19 de julio de 2017, mediante la cual se **ABSOLVIÒ** a CBI COLMBIANA S.A., de todas las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LAS PRETENSIONES: Por intermedio de apoderado judicial, el señor Arnold Buelvas Garcés presenta demanda ordinaria laboral, a fin de que se declare: **(i)** que entre este y la empresa CBI COLOMBIANA S.A., existió un contrato de trabajo y; **(ii)** que el actor goza de estabilidad laboral reforzada.

En consecuencia, solicita que se declare la ineficacia del despido, y se ordene a la demandada efectuar su reintegro por haberlo despedido en estado de discapacidad, condenándose a CBI COLOMBIANA S.A y solidariamente a

REFICAR S.A., al pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde la fecha de terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro, y a la indemnización de 180 días de salario consagrada en el inciso 2° del artículo 26 de la ley 361 de 1.997.

Pretende, además, que se declarara que CBI COLOMBIANA S.A, excluyó del factor salarial la bonificación por asistencia, 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.3-6).

2. HECHOS: Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el apoderado de la parte demandante señala, que el señor Arnold Buelvas Garcés prestó sus servicios personales a la sociedad CBI COLOMBIANA S.A., durante el periodo comprendido entre el 25 de abril de 2013 y el 25 de agosto de 2014.

Manifiesta, que el demandante desempeñaba el cargo de Almacenista y que mensualmente devengaba un salario básico más una bonificación por asistencia.

Señala, que al momento del despido el actor se encontraba sufriendo una disminución de su capacidad laboral, siendo diagnosticado con “*Discopatia Degenerativa en L5- S1*”, y que CBI COLOMBIANA S.A. no solicitó previamente la autorización del Ministerio del Trabajo.

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 calcular tales acreencias (Fl.1-3).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: CBI COLOMBIANA S.A., reconoce la existencia del contrato de trabajo con el actor, sin embargo, aduce que el mismo feneció bajo el amparo de una causa legal, la cual fue la expiración del plazo fijo pactado.

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.193-209).

Mediante auto del 4 de octubre de 2016, el Juzgado Cognoscente declara probada la excepción previa de falta de competencia por la falta de agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, y en consecuencia ordena la terminación del proceso respecto de la demandada REFINERIA DE

CARTAGENA S.A. y las llamadas en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A y LIBERTY SEGUROS S.A (Fl. 468).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena en audiencia efectuada el día 19 de julio de 2017, absolvió a CBI COLOMBIANA S.A., de todas las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que las pruebas documentales traídas al proceso no acreditaban, que para la fecha de despido el actor se encontrara en situación de discapacidad, y por ello, estimó, que no lo cobijaba la protección de la ley 361 de 1997.

En lo concerniente a la reliquidación horas extras, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivos, prestaciones sociales, vacaciones disfrutadas en tiempo y aportes al sistema de seguridad social, consideró que la misma era improcedente, puesto que el bono de asistencia no era entregado como contraprestación directa por el servicio presado, y por tanto, no tenía naturaleza salarial.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme con tal decisión, el apoderado del extremo activo de la litis se alza en apelación, centrándose en dos puntos específicos: (i) que al momento del despido el demandante sí se encontraba en estado de discapacidad, pues venía presentando un constante deterioro en su salud, y (ii) que si hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales y horas extras, puesto que la bonificación por asistencia que percibía el demandante, si constituyen factor salarial, por ser retribución directa del servicio prestado.

1.6. DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA: Ejecutoriado el auto que admitió la apelación, el despacho procedió a correr traslado para alegar conforme a las directrices vertidas en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, traslado que fue descorrido por el demandante y por CBI COLOMBIANA S.A y cuyos alegatos han sido leídos por la Sala, discutidos y tenidos en cuenta para proferir la decisión que se consigna en el presente proveído.

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 el señor Arnold Buelvas Garcés tiene o no derecho a ser reintegrado a su puesto de trabajo en CBI

COLOMBIANA S.A, por gozar del fuero de discapacidad establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Seguidamente, se procura a establecer si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación que solicita. 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, y (ii) si el bono de asistencia debía ser incluido o no en la base para liquidar trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo.

2.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO CONCRETO

- Artículo 26 de la ley 361 de 1997
- Artículo 65 del CST
- Corte Constitucional, Sentencia SU049/17
- Sala de Casación Laboral, sentencia del 12 de febrero de 2020, Rad. No. 79953, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo- en la cual se explica el alcance del artículo 26 de la ley 361 de 1.997.
- 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.

2.5. DEL FUERO DE DISCAPACIDAD CONSAGRADO EN LA LEY 361 DE 1997 Y SU APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

La jurisprudencia de ésta corporación, en concordancia con la doctrina actual de la Sala de Casación Laboral, y con los pronunciamientos de la Corte Constitucional ha establecido frente al tema del fuero por discapacidad lo siguiente:

1° La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

2° Sí en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, imponiéndosele al empleador la carga de desvirtuar la presunción de despido discriminatorio, debiendo demostrar la justa causa alegada, so pena de que el acto se declare ineficaz, y se ordene el reintegro del trabajador, junto con la sanción de 180 días de salario.

3° El dictamen de pérdida de capacidad laboral es medio idóneo para demostrar la discapacidad, sin que éste implique prueba ad sustancia actus, pues frente a la demostración del estado de discapacidad existe libertad probatoria. Siendo esta la postura actual de la Sala de Casación Laboral de acuerdo con los lineamientos vertidos en la sentencia SL1439-2020, Rad. No. 79953.

4° El empleador debe tener conocimiento del estado de discapacidad o limitación del trabajador antes de producirse el despido.

En este orden de ideas, lo primero que debe analizarse es si el demandante demostró o no encontrarse en situación de discapacidad al momento en que se produjo la terminación del contrato de trabajo.

Pues bien, de las pruebas documentales obrantes a folios 44 a 48 se extrae que efectivamente, el señor Arnold Buelvas Garcés ha sido diagnosticado con *“DISCOPATIA DEGENERATIVA EN L5-S1 CON HERNIA DISCAL”*. Sin embargo, esas pruebas documentales no permiten inferir que el trabajador estuviera sufriendo un constante y progresivo deterioro de su salud, y que dicho estado le impidiera realizar su trabajo de una manera razonadamente normal o eficiente.

A ese convencimiento llega la sala, no porque interprete médicamente el alcance del diagnóstico efectuado al actor y sus consecuencias, sino porque las mismas recomendaciones que se dan en esa valoración médica laboral, están

referidas a un contexto donde el trabajador puede continuar su trabajo, con los cuidados naturales, que una persona medianamente diligente está obligada a hacer por su salud. Los exámenes clínicos y valoraciones médicas que reposan a folios 44 a 48 no contienen una fuerza demostrativa suficiente que acredite que la salud del trabajador estaba limitada al punto que estaba disminuido para laboral, y que le permitieran inferir razonablemente al empleador que necesitaba una autorización para terminar su contrato.

Anudado a ello, se tiene que si bien a folios 44 a 52 milita copia de los controles médicos del demandante del 5 de mayo al 29 de julio de 2014, lo cierto es que las mismas son de una fecha posterior a la de entrega del preaviso (2 de mayo de 2014), por lo que al momento en que la demandada decide avisar al actor que no va a renovar más su contrato de trabajo, la patología de este ni siquiera había sido diagnosticada, y por tanto, el motivo de la terminación del vínculo no pudo ser tal situación, pues se reitera las consultas con el médico general iniciaron después de la fecha en que recibió el preaviso de no renovación del contrato.

En el proceso no reposa ningún tipo de prueba que acredite que la enfermedad del actor iniciara antes de mayo de 2014, ya que en la historia clínica el médico tratante solo hace alusión a que de acuerdo con el dicho del propio accionante hacia 8 meses que presentaba el dolor lumbar, sin que en ningún momento hiciera referencia a que de acuerdo con su criterio profesional ese fuera el lapso de evolución de la enfermedad.

Llama la atención de la Sala, que las visitas y controles médicos únicamente aparezcan reportados luego de la entrega de la carta de no prórroga del contrato, tanto así que antes de esa fecha el actor solo presentó 7 días de incapacidad, los cuales ni siquiera fueron continuos, pues si bien en el mes de mayo se ausentó por 8 días, ello obedeció a que se encontraba en licencia de paternidad.

Y en todo caso, debe tenerse en cuenta que tal y como reiteradamente ha sostenido la Sala de Casación Laboral las incapacidades por si solas no acreditan que el trabajador se encuentre sufriendo una limitación física, psíquica o sensorial, es decir el hecho de que al actor se le hubieran dado unas incapacidades laborales no implica que necesariamente este se encontraba sumido en un estado de discapacidad que ameritara la adopción de medidas especiales, pues recuérdese no es cualquier tipo de padecimiento, quebranto de salud o enfermedad el que activa la protección de la ley 361 de 1997, sino que debe aparecer suficientemente probado que tal padecimiento le impedía al trabajador continuar cumpliendo con sus obligaciones laborales.

El hecho de que el 8 de agosto de 2014, CBI COLOMBIANA hubiese acogido unas recomendaciones del médico tratante y reubicado al actor a otro puesto de trabajo, no acredita por si solo que la finalización del contrato estuviese basada en razones discriminatorias, ya que se reitera para la data en que la demandada decidió preavisar la no renovación, el señor Arnold Buelvas Garcés no se encontraba incapacitado, es más el diagnostico de su enfermedad se produjo con posterioridad a la entrega del preaviso, por lo que su supuesto estado de salud no pudo ser la razón que motivo la ruptura de la relación laboral.

Bajo esta óptica, es claro que, en realidad el accionante no logró probar que al momento de su despido estaba incapacitado, o que venía sufriendo una constante y progresivo deterioro de su salud, y que dicho estado le impidiera realizar su trabajo de una manera razonadamente normal o eficiente, y por ello, no lo cobija la protección de la ley 361 de 1997.

Debido a lo anterior, se confirma este punto del fallo apelado, pero por las razones aquí expuestas.

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”.

➤ En consonancia con lo anteriores precedentes, la Sala de Casación Laboral en **SENTENCIA DEL 1 FEB. 2011, RAD. 35771**, recordó 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”.

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 (porque retribuye directamente el servicio) *“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 en la liquidación de ciertas acreencias laborales.

2.5. DEL BONO DE ASISTENCIA Y LA VALIDEZ DEL PACTO DE EXCLUSIÓN SALARIAL CELEBRADO ENTRE LAS PARTES

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 16 a 24 del expediente milita copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en cuya cláusula cuarta se estableció que la remuneración mensual del señor Haroldo Díaz Pérez estaría conformada por dos factores: por un lado, un salario ordinario por valor de \$1.506.064, y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada hasta por la suma de \$677.740.

En la referida cláusula, se dispuso, además, que la causación del bono de asistencia estaría determinada por dos indicadores: (i) el aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo y, (ii) el desempeño del empleado y de su equipo de trabajo en las disposiciones de higiene, salud y medio ambiente (HSE). Disponiéndose, además, que de causarse la bonificación, conforme a las condiciones pactadas, la misma sería ***“pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio”***

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 puntual 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 tendría 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 \$892.176 (de acuerdo con los cálculos efectuados por el apoderado del demandante). 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. Claro está, no puede perderse de vista que la eficacia de estos pactos depende del análisis de las condiciones de cada caso en particular y de las pruebas traídas al proceso.

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.

La anterior postura, fue analizada por la Sala de Casación Laboral en sentencia STL11582 de 2020, en la cual indicó que la decisión adopta por esta Sala de decisión dentro del proceso promovido por Osmiro Catillo Marrugo contra CBI COLOMBIANA S.A., no resultaba “*descabellada*”, pues por el contrario, estimó que la misma “*se edificó en el acervo probatorio, las normas sustanciales que regulan el asunto y la jurisprudencia asentada por esta Sala de Casación y la Corte Constitucional sobre la interpretación del artículo 128 del CST que condujo al Tribunal a concluir que el pacto de exclusión salarial del bono de asistencia celebrado ente las parte en conflicto era válido, pues con él no se pretendió quitar el carácter de salario a un pago que por esencia tenía esa naturaleza, sino excluir el mismo de la base para liquidar trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo*”. Negrilla fuera del texto original.

En consecuencia, establecida la validez del pacto de exclusión sobre la bonificación de asistencia, no hay lugar a la reliquidación pretendida, por lo que se revocara en todas sus partes el fallo apelado, para en su lugar absolver a CBI COLOMBIANA S.A., de todas las pretensiones de la demanda.

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;

R E S U E L V E

1° CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida el 19 de julio de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, pero por las razones antes expuestas.

2° COSTAS en esta instancia cargo de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) S.M.L.V., 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


CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
Magistrado Sala Laboral


LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO



MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada Ponente

Firmado Por:

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

CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 002 SUPERIOR SALA LABORAL DE
LA CIUDAD DE CARTAGENA-BOLIVAR
Firma Con Salvamento De Voto

LUIS JAVIER AVILA CABALLERO
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA LABORAL DE
LA CIUDAD 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:

74c497705ca127502120d964488a2f7c09dc5eca32b7f92f0b4bac4afa31bbb0

Documento generado en 11/03/2021 04:16:45 PM