

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Cartagena, marzo veintiséis (26) del año dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS

Radicación: 13001-31-05-004-2015-00364-01

Demandante: ARSENIO HERRERA HERRERA

Demandado: CBI COLOMBIANA S.A.

Proceso: Ordinario Laboral (Recurso de Apelación)

Fecha Sentencia de Primera Instancia: trece (13) de marzo de 2017

Juzgado de Primera Instancia: Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena

Objeto: Desatar los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia de calenda trece (13) de marzo de 2017.

Tema: Factores salariales

Concluido el traslado a las partes, resuelve la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**, integrada por los magistrados **MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO, LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO** y **JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS** quien la preside, solicitud de prueba y el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de calenda trece (13) de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del presente proceso Ordinario Laboral con radicación única 13001-31-05-004-2015-00364-01, promovido por ARSENIO HERRERA HERRERA contra CBI COLOMBIANA S.A.

Lo anterior, con fundamento en el mandato del Decreto 806 de 2020, dimanado del Gobierno Nacional, mediante el cual *"se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y comunicación de las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia económica, social y ecológica"*, disponiéndose, entre otras medidas, en la especialidad laboral, el proferimiento escritural de autos y sentencias.

1. CUESTIONES PREVIAS

1.1. Solicitud Probatoria

Advierte la Sala que, en esta segunda instancia, mediante memorial que antecede, la entonces apoderada judicial de la parte demandada CBI COLOMBIANA S.A., solicitó el decreto oficioso de la Guía Técnica Colombiana GTC-250 sobre *"Buenas prácticas sociales para la exploración y explotación de hidrocarburos"*.

Pues bien, huelga puntualizar que dicho pedimento probatorio contraría la naturaleza contemplada por el legislador para el decreto de una prueba de oficio, recuérdese que esta debe ser por voluntad del Juez y en los eventos en que la

considere indispensable para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, presupuestos que no se cumplen en el presente asunto¹.

Aunado a lo anterior dicha solicitud tampoco reúne los requisitos que establece el artículo 83 del referido estatuto procesal laboral para su procedencia, en tanto y cuando no fueron pedidas ni decretadas en primera instancia, por lo que se negará la práctica de dicha prueba.

En mérito de lo expuesto se, dispone:

No acceder a la solicitud de prueba oficiosa deprecada por la apoderada de la parte demandada, conforme a las razones anteriormente señalada.

1.2. RECONOCIMIENTO DE PODER

Se deja constancia que en esta instancia el doctor ENRIQUE GÓMEZ MARTÍNEZ, alegando la calidad de liquidador de la demandada CBI COLOMBIANA S.A. manifiesta otorgar poder a los abogados SEBASTIÁN JIMÉNEZ OROZCO, identificado con cédula de ciudadanía No.1.144.051.110 y tarjeta profesional No. 263.908 del C. S. de la J. y SARA URIBE GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.144.167.510 y tarjeta profesional No. 276.326 del C. S.J, a quienes se les reconocerá personería para actuar conforme a las facultades conferidas.

2. SENTENCIA

2.1. ANTECEDENTES RELEVANTES

2.1.1. Pretensiones

Solicita el actor que se declare que entre él y CBI COLOMBIANA S.A. existió una relación laboral desde el 12 de abril de 2013 hasta el 20 de abril de 2015, mediante la celebración de un contrato por obra, y así mismo se declare la existencia del despido sin justa causa del actor; se condene a la empresa C.B.I COLOMBIANA S.A al pago de los salarios dejados de percibir durante el despido y al pago total de la liquidación al demandante; a su vez pagarle al señor ARSENIO HERRERA HERRERA, proporcionalmente las cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones que se hayan generado y el actor no haya reclamado desde el inicio del contrato hasta su fin; sanción moratoria por no consignación de cesantías; sanción moratoria.

Solicitó además a través de reforma de demanda, se condene a la empresa CBI COLOMBIANA S.A, al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido injusto con base a las bonificaciones habituales que percibía, también la remuneración, beneficios extralegales, auxilio mensual de alojamiento y alimentación; se declare la ineficacia de la cláusula 4ta y 5ta del contrato de trabajo, anexo o cualquiera otra que incluya beneficios salariales que restrinja el carácter salarial, de origen convencional o contractual; se condene a la demandada al pago del auxilio de alojamiento y alimentación con base a lo señalado en el hecho vigésimo segundo de la demanda, lo que resulte extra y ultra petita, indexación de las condenas y costas procesales.

2.1.2. Hechos

Señaló el demandante que fue contratado por la empresa CBI COLOMBIANA S.A. mediante un contrato por obra desde el 12 de abril de 2013 al 20 de abril de 2015,

¹ Artículo 54 del CPT y SS.

para realizar el oficio de TUBERO A, en las instalaciones de la entidad demandada; como salario se fijó la suma de \$6.000.000, de acuerdo con todas las bonificaciones habituales, acordadas en la cláusula cuarta del contrato laboral, cantidad que se mantuvo con variaciones durante los últimos meses.

Aseveró que el día 20 de abril de 2015, la empresa decidió terminar el contrato de manera unilateral con el demandante, aduciendo justa causa, sobre el contrato de trabajo referido, sin realizar el pago total de liquidación y restándole 4 días de salarios que hoy en día no han sido cancelados.

Así mismo manifiesta que, en la cláusula cuarta del contrato se estableció como salario ordinario la suma de \$2.327.662, y una bonificación HSE hasta por \$1.047.456, empero el salario realmente devengado era la suma de \$8.236.400, de acuerdo con el promedio salarial de los últimos 12 meses de lo devengado por el actor.

Aduce el demandante que C.B.I COLOMBIANA S.A, no tuvo en cuenta el bono de asistencia e incentivo de HSE convencional, siendo bonificaciones que no se encuentran dentro de un pacto, cláusula o convencimiento salarial.

Señala además que, C.B.I COLOMBIANA S.A, no tuvo en cuenta lo percibido por concepto de bono Sodexo no gravado, incentivo progreso convencional, incentivo de progreso de tubería convencional, auxilio de movilización, prima técnica convencional, auxilio de transporte, bono Sodexo correspondiente al bono de alimentación, bono Sodexo correspondiente al incentivo de progreso convencional y bono Sodexo correspondiente al incentivo de progreso de tubería convencional, los cuales considera constituyen salario, al momento de liquidar las prestaciones sociales en la vigencia del contrato del señor ARSENIO HERRERA HERRERA.

Por último, expresa que la empresa demandada no pagó el auxilio mensual de alojamiento y alimentación por valor de \$1.000.000 en vigencia del contrato; no pagó completo todas las bonificaciones a las que tenía derecho el demandante, y tampoco le fueron liquidadas las cesantías, las primas de servicio, las vacaciones y no hubo pago total de la indemnización por despido sin justa causa en su totalidad de acuerdo con los conceptos que constituyen salario en la vigencia del contrato laboral y en la liquidación.

2.1.3. Contestación de la demanda

La demandada **CBI COLOMBIANA S.A.**, se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó que el contrato de trabajo suscrito con el actor inicialmente fue a término fijo de 135 días y así se mantuvo hasta la fecha de su culminación, que se fundó en la terminación del plazo pactado.

En punto a los factores salariales reclamados, indicó que el salario del señor ARSENIO HERRERA HERRERA estaba compuesto por un salario básico y una bonificación que ascendía a la fecha de terminación a la suma de \$2.533.410, precisando que la bonificación por \$1.140.034 no era esencialmente salarial, pero se le otorgó esa naturaleza para la liquidación de prestaciones sociales.

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

La demandada al dar respuesta a la reforma de la demanda se opuso a la naturaleza salarial de los conceptos reclamados, pues las partes le restaron voluntariamente la naturaleza salarial a los mismos y agregó como excepción de mérito inexistencia de la obligación.

3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, en sentencia del trece (13) de marzo de 2017, declaró la condición salarial del bono de asistencia o HSE cancelada a favor del actor por la empresa CBI COLOMBIANA S.A., como consecuencia de ello, condenó a la demandada a la reliquidación de las horas extras y trabajo suplementario para el año 2014 por valor de \$23.237 y 2015 \$82.347, así mismo, ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales para un total de \$18.653, y absolvió a la demandada del resto de pretensiones.

Señaló el juez A-quo que entre el demandante y CBI COLOMBIANA S.A., existió un solo contrato de trabajo que inicialmente fue a término fijo desde el 12 de abril de 2013 al 20 de abril de 2015; en el cual el problema jurídico es la calificación o la condición salarial de las bonificaciones o prestaciones extralegales reconocidas por la entidad CBI COLOMBIANA S.A. al demandante ARCENIO HERRERA HERRERA, igual se hace referencia al NO pago de una bonificación del periodo en que se desarrolló la relación laboral frente al tema que sostiene el despacho.

Concluyó que la bonificación percibida por asistencia sí tenía la naturaleza salarial, por tal razón ordenó que se tuviera en cuenta para la liquidación de las horas extras y trabajo suplementario, generando una reliquidación de tales factores, así como de las prestaciones sociales y vacaciones.

En relación con las demás bonificaciones estimó que no se demostró que los trabajadores de la empresa hayan alcanzado los elementos exigidos para su causación. Señaló además que el auxilio de movilización no tiene el carácter salarial al no retribuir el servicio prestado.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Parte Demandante

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante promovió recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia argumentando que, dentro de la interpretación que hace el A-quo del artículo 127 y 128, se extraña que aunque hace la interpretación que jurídicamente corresponde a las mencionadas normas cuando hace el alcance probatorio a las documentales allegadas le otorga valor a unos que no lo tienen para de esa forma restringir los derechos reclamados, por lo que solicita al Tribunal se revoque la decisión en lo que le es favorable, específicamente, primero en que se concedan los incentivos de progreso convencional, incentivo de progreso de tubería convencional, prima técnica convencional como factor salarial. Agrega que el único argumento que plantea la decisión es que encuentra como obstáculo la facultad probatoria que le otorga el contrato de trabajo, numeral 1.5 que establece los elementos para obtener los beneficios en mención, señala que esa no puede ser razón para denegar el derecho a dichas condenas, pues al demostrarse que fueron causadas y efectivamente pagadas por el empleador durante la relación laboral, por lo que no puede el juez desconocer el derecho porque no se demostró haber alcanzado los supuestos exigidos en el contrato para su causación, insistiendo que el empleador sí canceló, por lo que ello no está en discusión en el presente asunto.

Por otra parte, señala que la discusión del proceso es que si las sumas son o no salario, por lo que en virtud del principio de congruencia lo que debía analizarse era si las sumas eran retributivas o no directamente el servicio, en armonía con el testimonio de la señora Tatiana Toro. En caso de que, el Tribunal coincide con la argumentación realizada por el juez, solicita se explique en que implica el 1,5% en el derecho cancelado al trabajador, pues no es lo discutido en el proceso.

Ahora, refiere que en caso se mantenerse los argumentos señalados en la providencia, solicita se dé uso de las facultades otorgadas por el legislador al juez para obtener las pruebas echadas de menos, señalando que estima que no son necesarios pues en los desprendibles de nómina se advierte que el actor percibió los incentivos por haber cumplido con las exigencias contractuales pactadas para su causación y pago.

En lo que tiene que ver con el bono de alimento y alojamiento, los cuales tuvo el juez de equipararlos como auxilio de movilización, afirma que la demandada no hizo ninguna acción probatoria para demostrar que se trataban del mismo concepto, por ello considera que el juez yerra por dos razones, la primera, porque la demandada no demostró que el juez esté en lo cierto; adicionalmente, refiere que en el Anexo dos del contrato se dispuso un auxilio de alimento y alojamiento y fue asimilado por el juez al auxilio de movilización, empero ello no fue demostrado por la demandada, recaba que los auxilios tienen elementos diferenciadores, por lo que no se pueden igualar, el monto de los mismos es diferente, y del tenor literal se advierte son diferentes, insistiendo que si se trata del mismo concepto corresponde demostrarlo a la demandada, destacando que pese a que citó la declaración de Tatiana Toro, no realizó ninguna pregunta al respecto.

Agrega que se verifique el incremento de dichos bonos, y con ello se demuestra que, para efectos de liquidar los bonos de Sodexo los incentivos operaban como salario y ello trae como única consecuencia posible el factor salarial de los mismos. Por todo lo expuesto, solicita se revoque la sentencia y en su lugar se disponga, se ordene el respeto de los derechos constitucionales reclamados.

4.2. Parte Demandada

Parte demandada solicita se revoque la sentencia en lo desfavorable a su representada, coincidiendo con lo planteado por el juez que la bonificación de asistencia tiene la naturaleza salarial, precisando que en la cláusula del contrato no se hizo exclusión salarial como lo pretende la parte actora, pues se trató de un acuerdo entre las partes en el que se convino concederle factor salarial excepto para la retribución de las horas extras; señala que la bonificación no se fijó como una contraprestación directa del servicio prestado, su causación estaba supeditada a dos condiciones, la primera, el aporte al empleo y el cumplimiento del cronograma del equipo de trabajo, este a su vez implica elementos como, asistencia, puntualidad y permanencia en el lugar de trabajo, de las cuales no es posible inferir como el despacho lo concluyó o lo pretende el actor, que se exige al trabajador más trabajo o que se está exigiendo prestación del servicio y, el segundo elemento, relacionado con el cumplimiento de las políticas de seguridad en el trabajo, compuesto por dos elementos a su vez, el primero la ausencia de fatalidades y el otro la ausencia de observaciones de no conformidad en las políticas de seguridad en el trabajo.

Por lo expuesto, considera que los elementos exigidos para la causación de la bonificación nada tiene que ver como factor salarial.

Por último, refiere que la sentencia rompe el principio de congruencia al conceder la reliquidación de las horas extras, pues lo concedido no está en el petitum de la demanda y en las pretensiones de la misma y su reforma, el actor únicamente solicitó que se le concedieran las bonificaciones que estima salariales, por lo que reclama la reliquidación de las prestaciones sociales, las cuales son, cesantías y prima de servicios, lo que no fue así, pues la bonificación de asistencia sí fue tenida en cuenta para el pago y liquidación de las prestaciones sociales, lo que aflora que de las peticiones no existe queja del pago realizado por horas extras o cualquier trabajo suplementario, tema que fue incluido únicamente en los alegatos de

conclusión, etapa que no es la pertinente para sustituir la demanda, por lo que no es posible imponer condena por ese concepto.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Argumentó la apoderada de la parte accionada que de conformidad a lo planteado por el actor el litigio afirma que la sentencia de primer grado rompe el principio de congruencia, pues luego de analizar las pretensiones se advierte que el demandante no solicitó nada con relación a la reliquidación de las horas extras o trabajo suplementario frente a la incidencia salarial del bono de asistencia.

6. ARGUMENTOS DE LA SALA PARA RESOLVER

6.1. Problemas jurídicos

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

- Determinar si la bonificación de asistencia reclamado por el actor constituye factor salarial. Surgiendo como problema jurídico asociado determinar el alcance del pacto de *desalarización* contemplado en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.
- En caso de establecerse que los señalados emolumentos tienen el carácter salarial, se establecerá si hay lugar a los reajustes de las horas extras y trabajo suplementario de cara al principio de congruencia.
- Adicionalmente, se analizará si es viable restarle eficacia a las cláusulas convencionales relacionadas con los emolumentos percibidos por el actor en vigencia de la relación laboral.
- Así mismo, se deberá analizar la procedencia de la reliquidación de prestaciones sociales y si hay lugar a la indemnización moratoria.

6.2. Solución a los problemas jurídicos

Verifica la Sala que no se encuentra causal alguna que invalide la actuación en primera y/o segunda instancia y están dados los presupuestos procesales para emitir decisión.

La decisión de la Sala de Decisión estará sujeta estrictamente al objeto de apelación, en atención al principio de consonancia descrito en el artículo 66A de CPTSS.

Sea lo primero señalar que en el presente asunto resulta un hecho pacífico y sin discusión alguna que las partes estuvieron atadas por un contrato de trabajo cuya génesis tuvo lugar el 13 de abril de 2013, bajo la modalidad de término fijo por 204 días, produciéndose prórrogas automáticas hasta el 20 de abril de 2015, fecha en que culminó el pazo pactado (folio 40), tales circunstancias fueron establecidas por el Juez de Primera Instancia, sin que las partes hubieren manifestado inconformismo alguno al respecto, centrándose entonces el presente litigio en establecer si la bonificación por asistencia e incentivos convencionales constituyen o no factor salarial. Para definir entonces, lo que es materia de reproche, se abordará primigeniamente el análisis del primer emolumento señalado.

En punto a establecer si el bono por asistencia constituye factor salarial debe indicarse lo siguiente:

De conformidad al contrato de trabajo, visible a folios 25 y Ss, el señor ARSENIO HERRERA HERRERA, fue contratado para desempeñar el cargo de tubero A, pactándose una remuneración ordinaria de \$2.327.662 y una bonificación condicionada por la suma de \$1.047.456, pagadera como lo indicaba la cláusula cuarta del contrato, la cual estipulaba:

“Si y solo si cumple con los términos y requisitos para acceder a ella, el empleado tendrá derecho a una bonificación mensual cuya causación estará determinada por los siguientes indicadores: (i) el aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo y (ii) el desempeño del empleado y de su equipo de trabajo en las disposiciones de Higiene, Salud y Medio ambiente (HSE).

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

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

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

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

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

(ii) Desempeño en HSE

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

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

(...)

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

Esta bonificación de causarse será calculada y pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio, y no hace parte de la remuneración ordinaria. En consecuencia, esta bonificación no integrará la base de liquidación de ninguna acreencia que tenga como referencia la remuneración o salario ordinario, específicamente, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo; mientras que será tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales – cesantías, intereses y primas de servicio – aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero”.

En consecuencia, se tiene que las partes establecieron que para algunos emolumentos el bono de asistencia no constituiría salario y para otros sí, centrándose el litigio en establecer si resulta jurídicamente posible la restricción salarial señalada.

Pues bien, respecto a los factores que constituyen salario, indica el artículo 127 del CST que lo es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte.

A contrario sensu, el artículo 128 del código en cita, determina qué ingresos no constituyen salario, contemplando que no lo son, *“las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.*

Sobre el tema de la desalarización de la retribución que recibe el trabajador, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1º febrero 2011, radicación 35771, señaló:

“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”.

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

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

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

Seguidamente en sentencia SL3266-2018, claramente indicó:

“(...) independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial, al no ser premios como se denominaron, sino verdaderamente eran comisiones por afiliaciones.

No es válido tampoco para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012)”.

En la SL5159-2018, recabó que:

“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»**. Negrillas fuera de texto*

Recientemente en sentencia SL 177-2020 del 21 de enero de 2020, una vez más la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reafirmó:

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

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

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

En consecuencia, se tiene que la jurisprudencia del Máximo Tribunal Laboral, ha decantado de forma pacífica e incontrovertible que las partes no pueden pactar que se despoje del carácter salarial a aquellos conceptos que constituyan una remuneración directa del servicio, mejor expresado, no es posible *desvalorizar* un pago que tiene dicha naturaleza, sino en palabras de la propia Sala de Casación Laboral, *“más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes”*²

Bajo las consignadas directrices, lo siguientes, es establecer si el *bono de asistencia* tiene el carácter de estipendio retributivo directamente del servicio, es decir, si tiene como finalidad remunerar de forma inmediata la trasmisión de la fuerza de trabajo prestada u ofrecida por el actor, debiéndose entender como prestación directa del servicio la trasmisión personal que hace el trabajador de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador³.

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

Pues bien, en el texto contractual que contempla el *bono de asistencia*, se indica que su causación obedecía al aporte del demandante en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo consistente en la presentación puntual al sitio de trabajo y permanencia en el sitio de trabajo. En consecuencia, que para que el actor fuera beneficiario del bono de asistencia no era necesario que se produjera el despliegue de su fuerza laboral o actividad prestacional, puesto que la finalidad del emolumento era contrarrestar el ausentismo del puesto de trabajo, situación que fue corroborada con los volantes de pago que militan a folios 48 y Ss al 38, de los cuales se extrae que el actor compareció al trabajo durante todas la mensualidades retribuidas (enero, marzo, abril, junio a diciembre de 2014, y marzo de 2015), dando

² Sentencia SL 4111-2020

³ Sentencia rad. 5481 del 12 de febrero de 1993 y SL 1399-2019

cuenta de ello el pago del salario ordinario por 30 y 31 días, respectivamente, a excepción de los meses de febrero y mayo de 2014 y enero y febrero de 2015, en el que solo se le pagó el bono de asistencia proporcionalmente, lo cual constituye una excepción a lo que se considera falta de asistencia del conformidad con el punto dos, criterio i), del numeral 4. del contrato de trabajo, de manera que al demandante le fueron contabilizado 30 y 31 días laborales, según el mes, sin hacer los descuentos de acuerdo al porcentaje pactado en el contrato de trabajo, puesto que de ser cancelada dicha bonificación en proporciones mucho mayores.

Atendiendo a que de conformidad a los volantes de pago, el *bono de asistencia* fue cancelado de forma consecuente con los días laborados por el actor, no encuentra la Sala que se hubiere desnaturalizado su finalidad, la cual de conformidad a lo pactado por las partes no era otra que neutralizar el ausentismo laboral, procurando el aporte del trabajador en el cronograma de su equipo de trabajo y no retribuir el directamente el servicio prestado, por cuanto se trata de dos circunstancias diferentes, debido a que es posible que un trabajador comparezca a su sitio de trabajo, pero por circunstancias ajenas a su voluntad no sea posible la prestación personal de sus labores, conceptos cuya distinción se percibe de los presupuestos que establecieron las partes para la causación del *bono de asistencia*.

Aclarado lo anterior, estima la Sala que la cláusula cuarta del contrato de trabajo que unió a las partes no resulta ineficaz, pues como se dijo, el bono de asistencia no retribuye el servicio prestado por el trabajador, luego entonces, es válida la exclusión salarial pactada, conforme lo razonado se impone revocar el ordinal primero de la sentencia impugnada.

Adicionalmente a lo expuesto, destaca la Sala que, las partes acordaron que la bonificación de asistencia tendría incidencia salarial para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones, por lo que carece de fundamento lo pretendido con relación a la reliquidación de prestaciones y vacaciones, pues se insiste, las partes de común acuerdo consintieron en otorgarle la naturaleza salarial a dicho emolumento para efectos prestacionales y no lo tendría para efectos de liquidar las horas extras y el trabajo suplementario.

Por lo anterior, carece de fundamento las pretensiones solicitadas por el actor referentes a la reliquidación de prestaciones sociales, pues la demandada al momento de liquidarlas sí tuvo en cuenta lo percibido por el trabajador a título de bono de asistencia lo que impone absolver a la demandada por ese concepto.

De otro lado, con relación a la cláusula quinta del contrato de trabajo, tenemos que en ella se establecieron beneficios extralegales incluidos en el anexo 1, tales como, auxilio de alimentación, salud, educación o de vivienda, o el pago de premios, primas extralegales, o bonificaciones por cumplimiento de objetivos, en dinero o en especie, o medio de transporte, que llegue a recibir el trabajador no constituyen salario, folio 30 y 31 del expediente, se avizora tempranamente que dichos conceptos no son una retribución directa del servicio prestado por el trabajador, todo lo contrario, son beneficios otorgados por el empleador para mejorar la calidad de vida del trabajador, los cuales son expresamente señalados como no constitutivos de salario descritos en el artículo 128 del CST, por lo que el pacto de exclusión salarial es válido.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Quinta de Decisión Laboral de este Tribunal, vg. en la sentencia dentro del proceso de LEOMAR DELGAGO contra CBI COLOMBIANA S.A.

Ahora, en lo relativo a la procedencia de la reliquidación de horas extras concedidas por el juez A-quo, tenemos que en virtud del principio de congruencia la sentencia

debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, el cual encuentra una excepción en materia laboral, en cuanto a que la ley permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen ultra y extra petita.

Esta facultad está regulada en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, el cual establece que el juez podrá ordenar el pago de conceptos distintos a los pedidos o más allá de los solicitados, siempre que los hechos que los originen hayan sido discutidos y se encuentren acreditados, facultad que debe destacarse está proscrita a los falladores de segundo grado.

En armonía con lo expuesto, pasa esta Corporación a analizar lo pretendido en el presente asunto, específicamente en las pretensiones de la demanda y su posterior reforma, folio 2 y Ss y 98 y Ss, donde planteó como peticiones se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y CBI COLOMBIANA S.A. desde el 12 de abril de 2013 hasta el 20 de abril de 2015; se declare la existencia del despido sin justa causa del actor; se condene a la empresa C.B.I COLOMBIANA S.A al pago de los salarios dejados de percibir durante el despido y al pago total de la liquidación al demandante; pagarle al señor ARSENIO HERRERA HERRERA, proporcionalmente las cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones que se hayan generado y el actor no haya reclamado desde el inicio del contrato hasta su fin; sanción moratoria por no consignación de cesantías; sanción moratoria.

Solicitó además a través de reforma de demanda, se condene a la empresa CBI COLOMBIANA S.A., al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido injusto con base a las bonificaciones habituales que percibía, también la remuneración, beneficios extralegales, auxilio mensual de alojamiento y alimentación; se declare la ineficacia de la cláusula 4ta y 5ta del contrato de trabajo, anexo o cualquiera otra que incluya beneficios salariales que restrinja el carácter salarial, de origen convencional o contractual; se condene a la demandada al pago del auxilio de alojamiento y alimentación con base a lo señalado en el hecho vigésimo segundo de la demanda, lo que resulte extra y ultra petita, indexación de las condenas y costas procesales.

De lo anterior, se advierte que la parte actora no solicitó la reliquidación de las horas extras y trabajo suplementario, situación que no fue discutida ni probada en el proceso por las partes, de manera que no puede siquiera otorgarse como ultra o extra petita, lo que impone entonces revocar las condenas impuestas por ese concepto.

De otra arista, frente a los demás emolumentos percibidos por el actor, debe tempranamente la Sala señalar que los mencionados pagos, tal como se avizoran de las nóminas allegadas tanto por la parte demandante como demandada, señalan su fundamento en una convención colectiva, por lo que era imperativo para la parte allegar el convenio convencional suscrito, pues solo después de un análisis de mismo es que era posible establecer el carácter salarial de los mismos de cara a lo normado en los artículos 127 y 128 del CST.

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

*“En lo que tiene que ver con la incorporación de la Convención Colectiva de Trabajo, sobre la cual la parte demandante sustentaba sus pretensiones, **esta Sala de antaño ha señalado la obligatoriedad de incorporarla y las condiciones en que debe***

ser aportada. En efecto, en sentencia de fecha 21 de febrero de 2006, con radicado 26233, puntualizó:

Al examinarse la documental contenida en el expediente, encuentra esta Sala que, efectivamente, y tal como lo advirtió el ad quem, no se encuentra por parte alguna copia, siquiera simple, de la Convención Colectiva de Trabajo, a pesar de que desde la demanda, cuando el actor solicitó el decreto y práctica de la inspección judicial, observó: “En esta diligencia me reservo desde ahora la facultad para aportar cualquier documento necesario para la defensa de mi mandante, y en especial la C.C. de T.”. (folio 2); tampoco se solicitó, en la misma demanda inicial, tener como prueba documental la Convención Colectiva de Trabajo (folio 3) y mucho menos se anexó; de otra parte, en la segunda audiencia de trámite (folio 40) afirmó el apoderado del demandante: “Aprovecho la oportunidad que me da el señor Juez, para aportar la convención colectiva de trabajo correspondiente a los años 1.991 a 1.993, debidamente autenticada y con la constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo y seguridad social. Como en el expediente reposan todos los documentos probatorios debidamente autenticados, solicito al señor Juez se fije la fecha de juzgamiento...”, procediendo el Juzgador, efectiva e inmediatamente, a fijar la fecha de juzgamiento, sin que a continuación se encuentre en el expediente actuación alguna tendiente a remitir, aportar, recepcionar o incluir en la documental la convención colectiva así anunciada; de otra parte, en la providencia contentiva del fallo de primera instancia, folios 42 a 46, relacionó el Juzgador los distintos “MEDIOS DE PRUEBA”, numerándolos del 1° al 9°), anunciando, para cada uno de ellos, el o los números de los folios en que reposan en el expediente, dejando en blanco, curiosamente, el o los folios referidos a la Convención Colectiva de Trabajo, pues ésta, como fácilmente puede observarse, no se encuentra anexa al expediente.

Lo anterior indica que el Juzgado no podía proferir condena alguna que tuviera como sustento o medio de prueba la Convención Colectiva de Trabajo y, al hacerlo, desconoció las precisas oportunidades que la ley concede para la solicitud y práctica de pruebas, vulnerando de paso el principio del debido proceso. Se colige entonces que el censor se equivocó en la formulación del cargo, por cuanto el razonamiento del Tribunal se redujo a no encontrar la prueba de la convención colectiva. De esta manera, se reitera, no puede atribuirse error de hecho al ad quem por falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico como lo señala el artículo 7° de la Ley 16 de 1969, tal como lo afirma el censor.” (Negrillas fuera del texto)

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

En este punto, precisa la Sala que no pasa por alto las cláusulas contractuales incorporadas en los anexos 1, 2 y 3 del contrato de trabajo, sin embargo, los beneficios ahí pactados no se demostraron que el actor los hubiese percibido durante la relación laboral, pues se insiste, los emolumentos devengados por el demandante según dan cuenta las nóminas aportadas, tienen su fuente en una convención colectiva y al no allegarse la misma, no es posible hacer un análisis de ellos, recuérdese que incumbe a las partes acreditar el supuesto de hecho de la norma cuyo efecto persigue, y para el caso de una convención colectiva debe aportarse la misma con las exigencias legales para el reclamo de los derechos en ella reconocida.

Corolario a lo expuesto, se revocará íntegramente la sentencia recurrida y en su lugar se absolverá a la demandada de las pretensiones de la demanda.

7. COSTAS

Al revocarse las condenas impuestas en primera instancia, se revocará igualmente las costas en primer grado, y se impondrán a cargo de la parte demandante, se señalan agencias en derecho en un SMLMV. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se tasan agencias en derecho en cuantía de un SMLMV.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha de fecha trece (13) de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, en este proceso Ordinario Laboral de promovido por ARSENIO HERRERA HERRERA contra CBI COLOMBIANA S.A., y en su lugar se dispone:

ABSOLVER a la demandada CBI COLOMBIANA S.A., de conformidad con las razones anteriormente señaladas.

COSTAS en primera instancia a cargo de la parte demandante, se señalan agencias en derecho en un SMLMV.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se tasan agencias en derecho en cuantía de un SMLMV.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica a la profesional del derecho LUISA FERNANDA TRUJILLO NIETO, identificada con C.C. 52.412.129 de Bogotá y T.P. N° 99.622 del CS de la J, a fin de que actúe en calidad de apoderada general de la demandada CBI COLOMBIA S.A., conforme al mandato conferido.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Digitalmente

JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS

Magistrada Ponente



MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO

Magistrada
(Aclaración de Voto)



LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado

Firmado Por:

JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRES

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 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: **729fb78f4ce30eff13390973847dafb9bb8783228e60c372febece868f4f9b5a**

Documento generado en 26/03/2021 03:28:40 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**



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

Cartagena de Indias, veintiséis (26) de marzo del año dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 13001-31-05-004-2015-00364-01

Demandante: ARSENIO HERRERA HERRERA

Demandado: CBI COLOMBIANA S.A.

Proceso: Ordinario Laboral (Recurso de Apelación)

Fecha Sentencia de Primera Instancia: trece (13) de marzo de 2017

Juzgado de Primera Instancia: Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena

ACLARACIÓN DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto aclaro mi decisión, al considerar que si bien comparto el sentido absolutorio de la sentencia, considero que el fundamento referido a la reliquidación por el bono de asistencia, va más allá de la verificación o no de la retribución directa del servicio del bono, pues en virtud a los parámetros jurisprudenciales que sobre la materia ha trazado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, he considerado que la línea jurisprudencial de la Corte que se cita, y que comparto, debe ser analizada con otras de la misma corporación que armonizan ese argumento con otros principios constitucionales de la relación laboral, con la valoración de cada una de las pruebas allegadas al proceso y el estudio de cada caso concreto, y sin que de modo alguno se desnaturalice su claro e inequívoco sentido.

En un proceso de iguales características, realicé un estudio de dicha línea y llegué a 9 conclusiones que, con todo el debido respeto de mis colegas, considero pertinente resaltar aquí por permitir mejor orientar y entender mi aclaración respecto a la validez de los pactos de exclusión salarial como el que reguló el bono de asistencia que genera la controversia, y que sustenta su legalidad. Estos son a saber:

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.

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.

En el expediente milita copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en cuya cláusula cuarta se estableció que la remuneración mensual del demandante, y que estaría conformada por dos factores: por un lado, un salario ordinario, y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada hasta cierta suma de dinero.

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, a juicio de la suscrita, 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 donde se infiere que el pago del bono como contraprestación del servicio prestado jamás estuvo en discusión.

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 analizado, es totalmente eficaz, ya que se trataba de un pago extralegal que no desconocía dos principios fundamentales: 1.) la remuneración mínima trabajador y 2.) la proporcionalidad a la cantidad y calidad del trabajo, siendo válido entonces que, en este caso concreto, las partes acordaran sobre su exclusión en la base para liquidar ciertas acreencias.

No puede considerarse que dicho acuerdo violentara los derechos del trabajador más allá de la discusión de su calidad de salario, 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.

Es claro que el demandante solo dejó de recibir por no liquidación de trabajo suplementario con inclusión del bono de asistencia, una suma muy inferior que, en palabras de la Corte, no atenta *contra la remuneración mínima, vital, móvil* y claramente resulta “*proporcional a la cantidad y calidad del trabajo*”, 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, de donde debe colegirse sin lugar a dudas que el pacto nunca tuvo intención de socar los derechos de los trabajadores.

Limitar el estudio de estos pactos única y exclusivamente al análisis de la retribución directa del servicio, dejando de lado el estudio de otros principios, como los expuestos, y sobre todo, el análisis de las pruebas de cada caso particular, los hechos y el contexto en donde, como y cuando se ejecutaron y desarrollaron los eventos, limitan severamente la posibilidad de que las partes efectúen este tipo de convenios, y contribuye a un análisis simple y superficial de los eventos de cada caso, e impediría que los empleadores concedieran prerrogativas superiores a las legales, entendiéndose, se repite, 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.

En lo que a la suscrita concierne, el pacto aquí celebrado no tuvo como propósito quitarle el carácter de salario al bono de asistencia, nunca fue esa su finalidad, y su carácter retributivo del servicio nunca estuvo en discusión. Su objetivo fue acordar que el mismo, pese a ser salario, solo sería tenido en cuenta para liquidar ciertos emolumentos, y el análisis debió centrarse entonces en si ello es posible, algo que ya sostuve si lo era, bajo el entendido que el referido pacto goza de eficacia pues lo que demuestran las pruebas, los hechos, y contexto en que se desarrollo la relación laboral, auspiciado por las reglas de la experiencia, es que nunca se lesionaron los principios constitucionales tantas veces citados, y que fueron la columna vertebral del contrato y la relación laboral.

A mi juicio, salario y factor salarial no son sinónimos, 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 que pueden pactarse bajo los principios citados, por tanto, CBI no desconoció el carácter de salario del bono, sino que limitó su inclusión como factor para liquidar ciertas prestaciones.

Así las cosas, el análisis de la retribución o no del bono en la prestación del servicio, no es, a secas, el único argumento válido para desechar las pretensiones referidas a la reliquiación, sino además, e indistintamente de la conclusión del argumento anterior, la naturaleza legal y constitucional del pacto de exclusión, conforme a los lineamientos vertido por la Corte en cada uno de los proveídos citados en mis conclusiones, en donde se esboza también la necesidad de analizar cada concreto, conforme a las pruebas allegadas, contrarrestando siempre si en la realidad se atenta o no contra “*la remuneración mínima, vital, móvil*” que resulte “*proporcional a la cantidad y calidad del trabajo*”, dos principios que están, al menos, a la misma altura de relevancia e importancia de la verificación de la no retribución directa del principio que pudiera en algunos casos analizarse de manera separada, y entender cuál es el verdadero alcance de un pacto de exclusión salarial en cada caso concreto, labor que sin lugar a duda corresponde a los jueces en cada uno de los casos sometidos a su consideración.



MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada Integrante
Sala Primera de Decisión Laboral
Tribunal Superior del Distrito judicial de Cartagena

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:

d7bac655689c73d6e4c504c0d54c95b47c145f172c78c2a19717b1d27e2b546
5

Documento generado en 26/03/2021 03:08:55 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>