

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Cartagena, treinta (30) de junio del año dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS

Radicación: 13001-31-05-008-2015-00358-01

Demandante: ALFONSO SALCEDO CAMPO

Demandado: CBI COLOMBIANA S.A.

Proceso: Ordinario Laboral (Recurso de Apelación)

Fecha Sentencia de Primera Instancia: nueve (09) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Juzgado de Primera Instancia: Octavo Laboral del Circuito de Cartagena

Objeto: Desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de calenda nueve (09) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

Tema: Despido injusto, 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 **JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS** quien la preside, solicitud de prueba y el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de calenda nueve (09) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del presente proceso Ordinario Laboral con radicación única 13001-31-05-008-2015-00358-01, promovido por ALFONSO SALCEDO CAMPO 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

Solicitud Probatoria

En el decurso de la segunda instancia, 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"*.

La solicitud probatoria contraría la naturaleza contemplada por el codificador para el decreto de la prueba oficiosa, dado que ésta obedece a la 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 CPTSS para su procedencia, dado que no fue pedida ni decretadas en primera instancia, por lo que se negará la práctica de dicha prueba.

En mérito de lo expuesto, se **RESUELVE:**

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

2 ANTECEDENTES RELEVANTES

2.1 Pretensiones

Solicita el actor se declare que tuvo con CBI COLOMBIANA S.A. una relación laboral que finalizó sin justa causa y en consecuencia, se pague la indemnización contenida en el artículo 64 CSTYSS; que se declare que la bonificación de asistencia devengada era constitutiva de salario, y, por ende, que se condene a la demandada a la reliquidación de prestaciones sociales teniendo en cuenta el bono de asistencia; que se condene al pago de \$148.580 indexados que fueron descontados de la liquidación final del contrato; que se condene al pago de indemnización moratoria; lo que resulte extra y ultra petita, indexación de las condenas y costas procesales.

2.2 Hechos

Señaló el demandante que fue contratado por la empresa CBI COLOMBIANA S.A. mediante un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, que inició el 14 de junio de 2012 y finalizó el 22 de noviembre de 2012; que se desempeñó como tubero A en la actividad de Tubería Nivel 7 y recibía de manera habitual un bono de asistencia que constituía factor de liquidación de cesantías, primas de servicio, vacaciones e indemnización por despido injusto.

Aseveró que CBI COLOMBIANA S.A. solicitó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la declaratoria de ilegalidad de diversas jornadas de suspensiones y protestas de los trabajadores que venían realizándose desde el 16 de enero de 2012, sin prosperar la solicitud; que el 31 de octubre de 2012 se llevó a cabo un cese colectivo de actividades y una jornada pacífica de protesta para solicitar derechos laborales, no pudiendo cumplir su jornada laboral; afirma que la terminación de su contrato de trabajo fue en razón del cese de actividades aludido.

Adujo también que la obra para la cual se le contrató fue la realización de funciones inherentes, accesorias, conexas, dependiente y consecuentes al oficio designado en la disciplina tubería en el proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena, hasta el momento en que se terminara el 55% de las obras de Tubería; que dicho término no se había cumplido a la finalización de su contrato sino a 07 de diciembre de 2013; que para la liquidación definitiva de prestaciones sociales no fue tenido en cuenta el bono de asistencia y que fueron descontados dos días de salario sin ninguna autorización.

2.3 Contestación de la demanda

2.3.1 CBI COLOMBIANA S.A.

¹ Artículo 54 del CPT y SS.

La demandada CBI COLOMBIANA S.A. admitió la existencia de la relación laboral en los extremos temporales y la modalidad contractual indicada por el actor; que el demandante recibió como pago habitual una bonificación de asistencia; que el 31 de octubre de 2012 hubo un cese de actividades de trabajadores. En cuanto a los hechos restantes, adujo que no es cierto que la terminación de contrato fue sin justa causa dado que la labor contratada finalizó el 17 de noviembre de 2012; que los descuentos efectuados de su liquidación definitiva obedecen al día no laborado y confesado por el actor (31 de octubre de 2012) y el dominical de la semana que completaría con esa fecha. Promovió las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

3 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, en sentencia del nueve (09) de agosto de 2017, declaró no probada la excepción de fondo interpuesta por la demandada CBI COLOMBIANA S.A. de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; declaró que el despido efectuado por la demandada CBI COLOMBIANA S.A. al actor fue sin justa causa y en consecuencia; condenó a la demandada a cancelar al actor por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa, la suma de \$3.231.633; absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y fijó agencias en derecho en la suma del 15% del valor de la condena.

La juez A-quo sostuvo que, pese a ser pacífico que el demandante no prestó sus servicios el 31 de octubre de 2012, no se encontró prueba alguna en el expediente que acreditara que había sido citado a descargos y se le hubiera garantizado el derecho al debido proceso previo a su despido, concluyendo que el despido efectuado había sido injustificado. A efectos del cálculo de la indemnización por despido injusto, determinó que la modalidad del contrato de trabajo había mutado a un contrato a término indefinido, en tanto que se había excedido el término inicialmente previsto en el contrato por duración de la obra o labor, otorgándole una indemnización por la suma equivalente a 30 días de salario.

En cuanto a la solicitud de reliquidación de prestaciones teniendo en cuenta la bonificación de asistencia, determinó que, conforme a la cláusula cuarta del contrato de trabajo del actor, dicha bonificación sí debía ser tenida en cuenta para el cálculo de prestaciones sociales y vacaciones, sin embargo, encontrando que sí fue tenida en cuenta por la demandada para la liquidación de prestaciones del actor, no estuvo llamada a prosperar dicha pretensión. Así mismo, no encontró acreditada la mala fe del empleador en el presunto incumplimiento de sus obligaciones, por lo que tampoco fue próspero el pago de la indemnización del artículo 65 del CST.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de devolución de descuentos no autorizados señaló que el trabajador tiene derecho a percibir su salario siempre que preste efectivamente su servicio, salvo que no haya podido hacerlo por culpa del empleador, lo cual no ocurrió en el caso, determinando que tales descuentos no resultan ilegales.

4 RECURSO DE APELACIÓN

4.1 Parte demandante

La apoderada judicial del demandante solicitó que se modificara la condena atinente al monto de la indemnización por despido injusto y condenara a la devolución de los descuentos efectuados en la liquidación final del trabajador.

Para tal efecto, señaló que el contrato que unió a las partes fue un contrato por duración de la obra o labor contratada en el cual se pactó la finalización a la terminación del 55% de la obra; que CBI indicó que la obra finalizó el 17 de noviembre de 2012, sin embargo, reposan en el expediente documentos de otros trabajadores en que se indica que sus contratos terminaron el 7 de diciembre de 2013 por haberse agotado el 55% de la obra para la que fueron contratados. Por ello, solicitó que se tuviera para el cálculo de la indemnización por despido injusto en primer lugar, la modalidad de un contrato de trabajo por duración de la obra, y en segundo lugar, el tiempo transcurrido entre la fecha de inicio de la obra a la fecha de terminación, esto es, del 14 de junio de 2012 al 07 de diciembre de 2013, no el 17 de noviembre de 2012, suma debidamente indexada.

En cuanto a los descuentos efectuados, citó los artículos 113 y 115 del CST, insistiendo en que no hubo autorización por parte del trabajador para que se realizaran y pide el reembolso de los dos días de salario descontados. Igualmente, insistió en que sí hubo mala fe del empleador.

4.2 Parte demandada

Por su parte, la apoderada judicial de la demandada pidió que se revocara la condena impetrada por despido injusto, la declaratoria de incidencia salarial de la bonificación de asistencia y la condena en costas. En concreto, respecto a la condena por despido injusto, adujo que el trabajador se sustrajo de sus labores y el despido fue justificado al incurrir en una falta grave del contrato de trabajo, concretamente la cláusula sexta; que el demandante fue requerido previamente para que concurriera a su puesto de trabajo y sabía que se estaba realizando el procedimiento sancionatorio.

5 ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Parte demandada

La apoderada judicial de la parte demandada CBI COLOMBIANA S.A. insistió en los argumentos esbozados en primera instancia. Expuso que se encuentran probadas las justas causas que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo y no es atendible lo señalado por el despacho frente a que la medida tomada por la empresa fue desproporcional y que el riesgo que acarreó la conducta negligente del trabajador, quien voluntariamente ejecutó una serie de actos tendientes a desconocer lo pactado en el contrato de trabajo, no era una situación que pudiera ser pasada por alto, menos aun cuando de mutuo acuerdo las partes así lo tenían establecido.

Insistió en que el trabajador no sólo dejó de prestar efectivamente su servicio el día 31 de octubre de 2012, sino que su participación en la “marcha” adelantada, puso en grave peligro su seguridad y la de los demás trabajadores, al deambular por el sitio de trabajo, que resultaba ser una construcción a campo abierto de una refinería, exponiéndose a un riesgo físico y comprometiendo la seguridad industrial de la obra.

La parte demandante no presentó alegatos en segunda instancia.

5 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 terminación del contrato celebrado entre las partes se dio de manera injustificada y si le asiste derecho al actor a indemnización por despido injusto.
- Determinar si la bonificación de asistencia reclamada 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 el señalado emolumento tiene carácter salarial, se establecerá si hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones.
- Seguidamente, se determinará si le asiste o no derecho al actor a la devolución de descuentos efectuados en su liquidación final.
- De prosperar las condenas deprecadas, se determinará si hay lugar o no 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 estará sujeta estrictamente al objeto de apelación, en atención al principio de consonancia descrito en el artículo 66A de CPTSS.

6.2.1 Despido Injusto e Indemnización

Sea lo primero señalar que en el presente asunto resulta un hecho pacífico y sin discusión alguna que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada, que tuvo como fecha de inicio el 14 de junio de 2012; que el actor desempeñó en el cargo de Tubero A; que la labor contratada consistía en realizar las funciones inherentes, accesorias, conexas, dependientes y consecuentes al oficio designado, en la disciplina de tubería en el Proyecto de Expansión de la Refinería de Cartagena y hasta el momento en que el 55% de las obras de Tubería en el Proyecto de Expansión de la Refinería de Cartagena esté terminado.

Con relación a la solicitud de declaratoria de despido injusto, debe recordar la Sala que de conformidad con los términos del artículo 167 del Código General del Proceso: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, así por ejemplo en el derecho laboral en el supuesto que se presente un despido unilateral por justa causa, le corresponde al trabajador alegar que fue despedido del cargo, debiendo probar dicha afirmación, dándole así derecho a reclamar la indemnización que contempla la ley, y si es el empleador quien aduce justa causa de despido, deberá probar la ocurrencia de los hechos que configuraron esa decisión.

Ahora bien, se advierte en lo pertinente, a folio 43 del paginario, misiva del 22 de noviembre del año 2012, enviada al señor ALFONSO SALCEDO CAMPO, en la cual CBI COLOMBIANA S.A., le comunica su decisión unilateral de dar por terminado el contrato de trabajo, a partir de la finalización de la jornada laboral del día 22 de noviembre de 2012, aduciendo:

“Usted incumplió en forma grave y reiterada la obligación más importante que le asiste como empleado, esto es, presentarse a trabajar, prestar los servicios para los cuales fue contratado, cumplir con las funciones propias de su cargo, las políticas y reglamentos de la empresa.

Los hechos que motivan a la Empresa a terminar su contrato de trabajo, luego de adelantar la investigación administrativa correspondiente, están tipificados como justa causa para la terminación del contrato de trabajo en el Código Sustantivo del Trabajo, en el Reglamento de Trabajo de la Empresa y en su contrato de trabajo

El día 31 de octubre de 2012, sin autorización o permiso de la Empresa usted suspendió de manera intempestiva la prestación de sus servicios; a pesar de habersele requerido, en forma reiterada, verbalmente y por escrito, que se reintegrara a sus labores, usted continuó con la suspensión no autorizada de sus servicios, negándose a reintegrarse a sus labores

Al permanecer dentro de las instalaciones de la empresa durante el día mencionado sin prestar sus servicios, usted puso en riesgo la seguridad de las personas, así como demostró grave negligencia e indisciplina al incumplir con los procesos de seguridad industrial de la empresa toda vez que la producción estuvo parada y se retrasaron los proyectos y actividades que se tenían programadas para ese día.

Los hechos narrado son graves e inadmisibles, su ocurrencia defraudó la confianza que como empleador la empresa había depositado en usted y constituyen justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo de acuerdo con lo previsto en el texto del mismo sobre terminación unilateral del contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo de la empresa y en el artículo 62, literal a) del Código Sustantivo de Trabajo, en sus numerales 2 y 6, en concordancia con lo establecido en el artículo 44 numerales 1, 13, artículo 46 numeral 5, 9, 17, artículo 50 literales g y h del Reglamento Interno de Trabajo(...)

(...)

En el presente asunto resulta un hecho pacífico y sin discusión alguna que el actor no prestó sus servicios a su ex empleador CBI COLOMBIANA S.A. el 31 de octubre de 2012 por haber participado en una marcha para reclamar el pago de un bono, tal como lo admitió en su interrogatorio de parte al sostener que no prestó sus labores el día 31 de octubre de 2012, y que participó en marcha “por su seguridad” y por temor, dado que “CBI no dio una protección si él hubiera dicho que no quería participar en la marcha”, afirmación que esta judicatura considera insuficiente para justificar su participación en los hechos acaecidos.

De manera que en el *sub examine* se encuentra verificado que el demandante no prestó sus servicios el día 31 de octubre de 2012, sin justificación alguna, situación que da lugar a la configuración de la causal calificada como grave en la cláusula sexta, literal f del contrato de trabajo (folio 51) que consiste en “*la no asistencia a una sesión completa o parcial de la jornada de trabajo o más, sin excusa suficiente a juicio de la empresa*”. De igual manera, se configura la causal establecida en el numeral 6 del artículo 62 del CST.

Puestas las cosas en este escenario, concluye la Sala que el despido efectuado al demandante fue con justa causa, por lo tanto, no es dable, por sustracción de materia el estudio del monto de la indemnización por despido injusto concedida por la juez A- quo, por lo que ha de revocarse este aspecto de la sentencia apelada.

6.2.2 Incidencia salarial de Bonificación de Asistencia y reliquidación de prestaciones

En punto a establecer si el bono por asistencia constituye o no factor salarial, se extrae, en primer lugar, del contrato de trabajo suscrito entre las partes (folio 45) que, se pactó como retribución de los servicios del actor, una remuneración ordinaria y una bonificación condicionada, pagadera de la forma descrita en la cláusula cuarta del contrato de trabajo, 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 que as partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter, hacerlo, se traduce en la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial.

Posteriormente en sentencia rad. 39475 de 13 jun. 2012, reiterada en la sentencia SL12220-2017, destacó que 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. Sin embargo, 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.***

En la SL5159-2018, recabó que:

*“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**”.*

Más 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 siguiente 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 transmisión de la fuerza de trabajo prestada u ofrecida por el actor, debiéndose entender como prestación directa del servicio la transmisión personal que hace el trabajador de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador³.

² Sentencia SL 4111-2020

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

De igual forma, huelga puntualizar que el hecho de que el *bono de asistencia* sea cancelado de forma habitual, 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, 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 175 y subsiguientes, de los cuales se extrae que el actor compareció al trabajo durante todas las mensualidades retribuidas, dando cuenta de ello el pago del salario ordinario por 30 días, respectivamente, a excepción del mes de junio, puesto que inició su contrato el día 14 y 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 contabilizados 30 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. Adicionalmente 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.

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, y teniendo en cuenta que la juez A-quo, en principio, señaló la incidencia salarial de

la bonificación referida, pero absolvió de la reliquidación deprecada pues en todo caso la demandada sí la había tenido en cuenta al momento de liquidar las prestaciones, se impone confirmar la sentencia impugnada en este aspecto.

Debe indicarse que, esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamiento ha señalado que dicha bonificación constituye factor salarial dado su habitualidad y bajo el presupuesto resultaba inadmisibles que para unos efectos constituya salario y para otros no, empero, luego de realizarse un examen sistemático de la jurisprudencia dimanada de la Sala de Casación Laboral, entre otras, la sentencia SL 1399-2019 del 6 de marzo de 2019, en la que se señala que la habitualidad no es un factor determinante para establecer que un determinado emolumento constituya factor salarial, así como la SL 177-2020, SL 4111-2020, en la que se dispone que es deber del juez, desentrañar en cada caso en concreto la real vocación del emolumento cuya incidencia salarial de deprecada, se considera que en atención a las sentencias citadas en el presente proveído, así como a la premisas fácticas y medularmente elenco probatorio comprendido en el presente asunto, se concluye que el *bono de asistencia*, no constituye retribución directa del servicio, y en tal medida podía hacerse la exclusión salarial, conforme convinieron las partes. Las motivaciones anteriormente expuestas comportan una carga argumentativa que consulta los principios de transparencia y de razón suficiente para la decisión aquí adoptada.

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

6.2.3 Descuentos no autorizados e indemnización moratoria

Finalmente, solicita el demandante la devolución de los descuentos no autorizados efectuados en su liquidación final. Frente a ello, se advierte a folio 42 del expediente liquidación final del contrato de trabajo donde, en lo pertinente, se avizoran descuentos denominados “ausencia no justificada” y “pérdida dominical” en cuya descripción de “cantidad” se indica “-1” y en la descripción “devengos” indica la suma de “-74.290” para ambos casos, sumas que arrojan una diferencia total de \$148.580 sustraído del pago de los días de salario del trabajador, coligiéndose claramente que hubo un descuento por parte del empleador.

Al respecto, encuentra esta colegiatura que dicha operación aritmética corresponde a la ausencia no justificada y la pérdida del domingo, consecuencia de la no prestación del servicio aludida en líneas anteriores, lo que no es propiamente un descuento sino un pago dejado de cancelar por la no prestación del servicio. Así lo admitió la demandada CBI COLOMBIANA S.A. al afirmar procedió a efectuar el descuento correspondiente al día en el cual el actor no prestó sus servicios y al descanso dominical que se producía a los trabajadores que, habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no faltaran al trabajo, o que, si faltaran, lo hicieran por causa justificada. Así las cosas, impone confirmar lo dispuesto por la Juez A-quo y absolver de la pretensión en comento.

Corolario de lo anterior, se revocará la sentencia de primer grado en lo relativo a la indemnización por despido injusto, confirmándola en el resto de sus partes.

7. COSTAS

Se revocan las costas impuestas en primera instancia a la parte demandada, para en su lugar condenar en costas a la parte demandante. Se tasan agencias en derecho en cuantía de medio ($\frac{1}{2}$) 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 los numerales primero, segundo, tercero y quinto de la sentencia apelada de fecha 09 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, en este proceso Ordinario Laboral de promovido por ALFONSO SALCEDO CAMPO contra CBI COLOMBIANA S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en el resto de sus partes la sentencia apelada.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se tasan agencias en derecho en cuantía de medio ($\frac{1}{2}$) SMLMV.

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
 Firmado con aclaración de voto



LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
 Magistrado

Firmado con salvamento de voto

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:

4b85e8467beb19ee37102d8616870b5fd5b25120320313bb7c757cd9faa8c76a

Documento generado en 30/06/2021 04:46:08 PM

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