REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA TERCERA LABORAL
CARTAGENA – BOLÍVAR

MAGISTRADA PONENTE: Dra. MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: DANIEL JESUS VIVAS TORRES
Demandado: CBI COLOMBIANA S.A. Y OTRO
Fecha de Fallo Apelado: 24 de abril de 2018
Procedencia: Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena
Radicación: 13001-31-05-002-2015-00348-03

En Cartagena de Indias, a los veintidós (22) días del mes de julio del año dos mil veintiuno (2021), siendo la oportunidad y fecha señalada por auto anterior para dictar sentencia escrita dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **DANIEL JESUS VIVAS TORRES** contra **CBI COLOMBIANA S.A**., conforme a los lineamientos vertidos en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, en concordancia con el Decreto Legislativo 428 de 2020 y los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020 respectivamente, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se reunió la Sala Tercera Laboral de este Distrito Judicial, integrada por los Magistrados: **LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO, CARLOS FRANCISCO GARCÌA SALAS** y **MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO**, quien la preside como ponente, para resolver lo siguiente:

I. C U E S T I ÒN P R E V I A

1.1. RECONOCIMIENTO DE PODER

Se deja constancia, que en esta instancia el doctor Enrique Gómez Martínez, actuando la calidad de liquidador de la demandada C.B.I. 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, por lo que se les reconocerá personería para actuar, al primero como apoderado principal y a la segunda como sustituta, conforme a las facultades otorgadas en el memorial poder.

II. S E N T E N C I A

Encuéntrese el presente asunto para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena el 24 de abril de 2018, mediante la cual se condenó a CBI COLOMBIANA S.A a pagar al señor Daniel Jesús Vivas Torres la suma total de $19.297.355 por concepto de reliquidación de trabajo suplementario,

prestaciones sociales y vacaciones, diferencias en los aportes a seguridad social y la sanción moratoria prevista tanto en el artículo 65 del CST como en el artículo 99 de la ley 50 de 1.990.

2.1 A N T E C E D E N T E S

2.1.1. PRETENSIONES: por intermedio de apoderado judicial el señor Daniel Jesús Vivas Torres, presenta demanda ordinaria laboral a fin de que se declarara: **(i)** que entre este y CBI COLOMBIANA S.A existió un contrato de trabajo, y **(ii)** la ineficacia de cualquier pacto contractual o convencional que desconozca la naturaleza salarial de las bonificaciones, auxilios e incentivos que recibía habitualmente el demandante.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada y solidariamente a REFICAR S.A a reliquidar las prestaciones sociales, horas extras, trabajo suplementario y aportes al sistema de seguridad social, con base en el salario realmente devengado por el actor e incluyendo todos los factores salarias que este recibía.

Finalmente, pretende se condene a las accionadas al pago de la sanción moratoria prevista en los artículos 65 del CST y 99 de la ley 50 de 1.990 (Fl.1-2).

2.1.2. HECHOS: Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el apoderado de la parte demandante manifiesta que el señor Daniel Jesús Vivas Torres laboró para la demandada CBI COLOMBIANA S.A del 3 de septiembre de 2012 al 24 de abril de 2014.

Señala, que el cargo desempeñado fue el de Soldador A, que mensualmente el actor recibía un salario básico más una bonificación por asistencia y que estos dos emolumentos eran los únicos que la demandada tenía en cuenta a la hora de liquidar las cesantías, intereses de cesantías, primas y vacaciones.

Asegura que el pacto de exclusión salarial contenido en el contrato de trabajo y en la convención colectiva suscrita entre la USO y CBI COLOMBIANA, carece de eficacia, puesto que, a su juicio, los pagos atinentes al bono de asistencia, incentivo de productividad, incentivo HSE convencional, incentivo de progreso convencional, incentivo de progreso tubería convencional, prima técnica convencional, el bono de alimentación, el auxilio de transporte, de lavandería y el auxilio de transferencia bancaria, sí constituyen factor salarial, al ser una contraprestación directa del servicio prestado, y por ende, también debían ser incluidos en la base para calcular las prestaciones sociales. (Fl.3-4).

2.1.3. CONTESTACIÒN DE DEMANDA: CBI COLOMBIANA S.A reconoce la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales.

En lo concerniente a la pretensión de reliquidación de prestaciones sociales, considera que no hay lugar a la prosperidad de la misma, toda vez que las bonificaciones, auxilios e incentivos no tenían naturaleza salarial, de acuerdo con el pacto celebrado entre las partes y lo establecido en la convención colectiva.

Como medios exceptivos, propuso los de buena fe y prescripción (Fl.162-173).

2.1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: La Juez de instancia, estimó que de acuerdo con el alcance que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral le ha dado al artículo 128 del CST, la libertad de las partes para celebrar pactos de exclusión salarial no es absoluta, pues estos no pueden ser utilizados como mecanismo para intentar quitarle la naturaleza salarial a un pago que evidentemente tiene tal carácter. Sostuvo que, en el caso de marras, el pacto contenido en la cláusula cuarta del contrato de trabajo y en la convención colectiva suscita entre CBI COLOMBIANA S.A y la USO incurría en dicha prohibición, y por tanto, los declaró ineficaz.

Debido a lo anterior, dispuso que el bono de asistencia, el incentivo de productividad, el incentivo HSE convencional, incentivo de progreso convencional, incentivo de progreso tubería convencional y la prima técnica convencional si tenían incidencia salarial, y en consecuencia debían ser incluidos en la base para liquidar prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, ordenado el pago de las diferencias encontradas.

En cuanto al auxilio de alimentación, lavandería, transporte y gastos de transferencia bancaria, estimó que no se pagaban al trabajador como contraprestación directa del servicio, sino para de ayudarle a sufragar los gastos que implicaba vivir por fuera de su lugar de residencia, por lo que no tenían naturaleza salarial.

Por último, determinó que la sanción moratoria era totalmente procedente, pues a su juicio, CBI COLOMBIANA S.A había actuado de buena fe.

2.1.5. RECURSO: El extremo pasivo de la litis centra su inconformismo en tres puntos específicos: **(i)** que el bono de asistencia, el incentivo de productividad, el incentivo HSE convencional, incentivo de progreso convencional, incentivo de progreso tubería convencional y la prima técnica convencional, no eran entregados como contraprestación directa del servicio presado, y por tanto, no tenían naturaleza salarial ni debían ser incluidos en la base para liquidar prestaciones sociales y trabajo suplementario **(ii)** que en todo caso, no puede desconocerse que estos pagos fueron acordados a través de un proceso de negociación colectiva, que tiene plena validez, **(iii)** que en las pretensiones de la demanda no se solicitó la reliquidación de los aportes a seguridad social, **(iii)** que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de las cláusulas que consagraban el pago de dichas bonificaciones, el demandante debe restituir las sumas que le fueron canceladas por estos conceptos.

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

3. C O N S I D E R A C I O N E S

3.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

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

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

El estudio de la Sala, se contrae en determinar, si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación que solicita.

Para tales efectos, deberá establecerse: **(i)** cual es el alcance o entendimiento que debe dársele al artículo 128 del CST luego de la modificación introducida por el artículo 15 de la ley 50 de 1990 y; **(ii)** si el bono de asistencia debía ser incluido o no en la base para liquidar trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo, **(iii)** si el incentivo de productividad, el incentivo HSE convencional, incentivo de progreso convencional, incentivo de progreso tubería convencional y la prima técnica convencional tienen incidencia salarial.

3.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO CONCRETO

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

3.4. DE LA ADECUADA INTERPRETACIÓN DE LOS PACTOS DE EXCLUSIÓN SALARIAL, EL BONO DE ASISTENCIA Y LA VALIDEZ DEL PACTO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES

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

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

Ahora, respecto de la hermenéutica o interpretación que debe dársele al último inciso del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por ser este el que contempla la posibilidad de que las partes puedan celebrar pactos de desalarización, se tiene que la Sala de Casación Laboral en sentencia del 12 de febrero de 1993 con Rad. no. 5481, la cual debe considerarse como la "SENTENCIA HITO" sobre el tema, explicó:

> "*Los artículos 127 y 128 del CST, en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto constituye salario ya no lo es en virtud de la disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus, trabajadores.* ***En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.)***
>
> *Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador,* ***no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por***

> ***ell9ppp'o tal carácter. El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones****. Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo*" (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Esta postura ha sido reiterada por la Corte en diferentes oportunidades, entre ellas en las sentencias con Rad. 11310, 39475, 68303, la SL1101-2019, SL2707-2019 y SL172-2019, en las cuales se continúa insistiendo en que: "***la libertad concedida a las partes para calificar qué es salario, no significa que estas puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, sino que, al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros, siempre y cuando no atente contra la remuneración mínima, vital, móvil y sea proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.***

Tanto así, que en dichas providencias, se hace referencia a que la sentencia del 12 de febrero de 1993 con Rad. No. 5481, constituye la DOCTRINA que sobre el tema de los pactos de desalarización acoge y aún mantiene vigente la Sala de Casación Laboral.

Por otro lado, en sentencia del 1 feb. 2011, rad. 35771, y en la SL 4313-2020, SL3886-2020, SL177-2020, SL5328-2019, SL4970-2019 y CSJ SL3266-2018 la Corte aclaró:

> ***"conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.***
>
> ***Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio,*** *o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado"* (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

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

1. El artículo 128 debe ser entendido en el contexto de que el pacto de desalarización NO ES ABSOLUTO, y no implica la posibilidad de que por acuerdo las partes le quiten 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 no sea tenido en cuenta para liquidar ciertas prestaciones o acreencias.

2. 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 único entendimiento y alcance que debe dársele a dicho precepto.

3. Por tanto, cuando en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo se pretenda despojar de naturaleza salarial a un pago que por esencia lo es (por ser 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.

4. las partes contratantes pueden establecer que determinados pagos no constituyan salario, pero UNICAMENTE pueden hacerlo cuando real y efectivamente tales sumas no retribuyen directamente el trabajo y, por ende, no sea para beneficio del trabajador, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.

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 eventos enunciados en el referido artículo 128, a los fines explicados por la jurisprudencia, y a los casos análogos a éstos en que los pagos no retribuyan efectiva y directamente el trabajo.

6. En síntesis, el pacto de exclusión salarial solo puede ser usado en dos casos: **1)** para anticiparse y precisar que un pago esencialmente NO retributivo del servicio, en definitiva, no es salario por decisión de las partes, y así evitar futuras controversias, y **2)** para establecer que un pago, pese a ser salario, no tendrá incidencia en la liquidación de ciertas prestaciones, indemnizaciones o acreencias, siempre y cuando esta estipulación no atente contra la remuneración mínima, vital, móvil y resulte proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

La utilización del pacto de exclusión salarial para casos distintos a los aquí previstos, conlleva a la declaratoria de ineficacia del acuerdo.

7. El Juez laboral debe determinar si el pacto de desalarización celebrado por las partes es o no eficaz, para lo cual deberá analizar las pruebas allegadas al proceso,

las circunstancias propias de cada caso, la finalidad del pago, las características del pacto suscrito y la intención de los celebrantes del mismo.

Aclarado lo anterior, procede la Sala analizar el caso concreto de la siguiente manera:

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

Pues bien, a folios 23 a 31 reposa copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en cuya cláusula cuarta se estableció que la remuneración mensual del señor Daniel Jesús Vivas Torres estaría conformada por dos factores: por un lado, un salario ordinario por valor de $2.228.707, y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada hasta por la suma de $1.002.926.

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

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

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

Lo anterior implica, que el pacto celebrado entre las partes no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenia tal connotación, ya que incluso se especificó que el bono si tendría incidencia salarial. De lo expuesto, se extrae que el pacto de desalarización en realidad consistió en acordar que, pese a que el bono de asistencia era salario, este solo sería tenido en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, vacaciones compensadas en dinero, indemnizaciones e incluso aportes a seguridad social, excluyendo únicamente las horas extras, el trabajo suplementario y las vacaciones disfrutadas en tiempo.

Pactó que, a la luz de lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación

Laboral, es totalmente eficaz, ya que se trataba de un pago extralegal que no desconocía la remuneración mínima del trabajador, siendo válido que las partes acordaran sobre su inclusión en la base para liquidar ciertas acreencias.

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

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 la vigencia de la relación laboral, lo que a todas luces cumple con el límite que impone la Sala de Casación Laboral para estos acuerdos, de donde debe colegirse sin lugar a dudas que la demandada nunca tuvo intención de socavar los derechos de los trabajadores.

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

No puede perderse de vista, que salario y factor salarial no son lo mismo, pues el primer término hace referencia a todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, mientras que el segundo hace alusión es a cuáles de dichos pagos hacen parte de la base para liquidar prestaciones, indemnizaciones o trabajo suplementario, por tanto, aquí no se desconoció el carácter de salario del bono, sino que limitó su inclusión como factor para liquidar ciertas prestaciones. Acuerdo que fue aceptado y que vinculó válidamente al demandante, pues este aceptó la condiciones en que dicho bono seria cancelado, ya que estas lejos de perjudicarlo lo beneficiaban.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento radicado No 82673 (SL2018 de 23-03-2021), al estudiar un recurso de casación presentado por el demandando frente a un proceso donde se analizó el bono de asistencia, decidió no casar la sentencia que había resultado avante en las pretensiones del demandante y que son iguales a las aquí solicitadas.

Sin embargo, el anterior pronunciamiento en modo alguno toca la ratio decidendi de la presente decisión, pues el estudio de dicho caso partió de la tesis - ahora recogida por esta Sala -, conforme al cual, verificado el carácter salarial del bono, se imponía la reliquidación obligatoria de las prestaciones sociales, por haberse omitido el valor del mismo como base integrante del trabajo suplementario, sin consideración a ningún otro análisis probatorio. No obstante, como bien es sabido, luego del cambio jurisprudencial que esta Sala acogió desde el pasado mes de julio de 2020 en el proceso OSMIRO MARRUGO vs CBI, lo verdaderamente relevante, y objeto de debate en estos procesos, es el pacto de exclusión salarial y su validez, indistintamente que se le hubiere restado incidencia salarial a un bono que es

salario y que retribuye el servicio, en los términos y dentro de las consideraciones arriba explicadas, y sobre todo, con base a lo que esta judicatura considera una sentencia hito sobre el tema, esto es, la sentencia del 12 de febrero de 1993 con rad. No. 5481.

Y es que para la Sala, el análisis que debe efectuarse en estos casos va más allá de la simple verificación de la condición de salario del bono, pues en virtud de los parámetros jurisprudenciales que sobre la materia ha trazado la misma Corte Suprema de Justicia, si bien el artículo 128 del CSTYSS 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, y que desalarizar, no significa quitarle naturaleza salarial a un pago que por esencia lo es, lo cierto es que desde vieja data, la Corte ha aceptado e incluso adoctrinado que dicho articulo si permite que las partes puedan pactar que un pago que es salario no sea tenido en cuenta a la hora de liquidar ciertas prestaciones o acreencias, es decir, que es válido restar incidencia salarial a un determinado pago.

Bajo esta interpretación del alcance del artículo 128 del CST, el hecho de que indiscutiblemente el bono de asistencia sea salario, no basta o no resulta suficiente para ordenar la reliquidación de las horas extras y el trabajo suplementario, ya que las partes acordaron que el bono no sería incluido en la base para calcular tales acreencias, y dicho pacto para la Sala es eficaz.

Aunado a ello, se tiene que en la sentencia SL2018, la Corte se limitó a indicar que el estudio probatorio efectuado por el Tribunal Superior de Cartagena, y que había llevado a concluir que el bono de asistencia era salario, era acertado, sin entrar a realizar un estudio más profundo sobre el pacto de exclusión, y la posibilidad que tenían las partes de restarle incidencia salarial a un bono única y exclusivamente regulatorio de trabajo suplementario, y donde sobradamente probado está nunca se desconoció *la remuneración mínima, vital, móvil* y claramente resulta "*proporcional a la cantidad y calidad del trabajo"* (sentencia del 17 de julio de 2019 radicación No 64255), debido a que el recurso de casación solo se centró en el punto atinente a si el bono retribuía o no el servicio y no hubo, un verdadero ataque al núcleo íntegro de la problemática de estos casos, razón por la cual esta Colegiatura se mantiene en su posición.

Este tribunal aquí y ahora debe reiterar que, conforme al artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que confiere al juzgador la posibilidad de formar libremente su convencimiento *«[…] inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes»*, y sin someterse a una tarifa legal para la valoración de las pruebas, lo que observa es que todo el acervo probatorio le forman el convencimiento a la Sala que en la esencia del pacto no subyace un afán oscuro ni de aprovechamiento de su posición dominante en la relación contractual. La conducta de empleador debe puede y tiene un peso sobresaliente a la hora de hacer el análisis sobre las condiciones en las que se realizó el acuerdo para excluir el bono de asistencia de la base liquidatoria del trabajo suplementario, y la forma como se desarrolló la relación de trabajo; luego, no solo *es deber del juez, 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, sino - y se agrega - , también analizar las razones del pacto, su naturaleza, su función y su fin cuando se hace sobre algún emolumento sobre el que no se discuta su carácter salarial.

Lo anterior es importante porque pasarlo por alto implica lesionar la iniciativa en las relaciones obrero-patronales de una manera que solo afecta al trabajador, que verá disminuida severamente cualquier iniciativa del patrono tendiente a otorgarle prerrogativas que en el día a día o mes a mes, represente para el y su familia una mejora sustancial en su ingreso, que le permita vivir dignamente, y mejorar en general sus condiciones laborales y de vida. Ese análisis es el que esta Sala le ha otorgado mayor peso, pues el pacto, como lo fue en el caso presente, no viola *la remuneración mínima, vital, móvil* y resulta "*proporcional a la cantidad y calidad del trabajo"* no puede considerarse ineficaz solo por la discusión del carácter salarial de lo que se sometió a pacto. Lo que debe resaltarse es si ese acuerdo contribuyó a que el trabajador experimentara una mejora sustancial en sus ingresos, en su proyecto de trabajo y de vida en el desarrollo de su realidad contractual, que en últimas son uno d ellos fines y principios del derecho laboral, y el pago del bono lo significó, luego no puede aceptarse que ahora pretenda endilgársele una connotación negativa, cuando la inspiración de su creación nunca fue desconocer su carácter salarial.

En consecuencia, establecida la validez del pacto de exclusión sobre la bonificación de asistencia, no puede haber lugar a la reliquidación pretendida, por dos razones: **(1)** porque la bonificación por asistencia si era tenida como factor salarial para efectos del cálculo de cesantías, intereses, primas de servicios y vacaciones, lo cual implica que dicho concepto si fue incluido en la base para calcular el valor de las prestaciones sociales, y **(2)** porque de acuerdo con el pacto de exclusión, la bonificación por asistencia no debía ser tenida en cuenta a la hora de liquidar horas extras o trabajo suplementario, por lo que la Sala revocara este punto del fallo apelado.

3.5. DEL INCENTIVO DE PRODUCTIVIDAD

Conforme al anexo No.3 del contrato suscrito entre las partes, se tiene que este emolumento se reconocía y pagaba mensualmente siempre y cuando el factor mensual de productividad de la disciplina a la que pertenecía el trabajador se hubiera desempeñado durante ese mes en un índice igual o superior al 0.7%, y que el trabajo durante las diferentes jornadas se hubiera adelantado sin interrupción, o disturbio (Fl.35).

Luego entonces, este incentivo no se obtenía de forma individual, ni era directamente proporcional al desempeño personal en el servicio, razón por la cual no puede considerarse como fuente próxima del ejercicio del cargo, puesto que dependía de un trabajo grupal, ya que el empleado podía desempeñar cabalmente sus funciones, pero si la disciplina en general no cumplía con el porcentaje establecido, no había lugar al reconocimiento de dicho incentivo.

En un caso similar al que se trata la SCL de la CSJ en sentencia SL3203-2016, (radicación 46517 del 24 de febrero de 2016), señaló: "*Así resulta evidente que ese pago estaba condicionado a que la sucursal donde se desempeñaba el actor, cumpliera con los cometidos diseñados en el denominado «Plan de incentivos»*

obrante a folios 82 a 85, más ***no obedecía a una retribución directa por el servicio prestado, pues en realidad, constituía un incentivo que de manera unilateral estableció el empleador, en aras de propender por el cumplimiento de esas metas trazadas****".*

Posteriormente, en sentencia SL4989 de 2018, la Corte puntualizó: *"los pagos cuya naturaleza salarial es discutida,* ***correspondían al cumplimiento de metas globales o grupales, donde se descarta de plano precisamente la retribución directa del servicio que está contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo****, todo lo cual, a su turno, lleva a mantener incólume la cláusula contractual asociada a tales efectos".*

Por lo anterior, para esta Colegiatura resulta claro, que contrario a lo estimado por la Juez A-quo el denominado incentivo de productividad, no constituye salario, ya que no retribuía directamente el servicio prestado, y en consecuencia este pago no debía ser incluido en la base para liquidar las prestaciones sociales.

Definido lo anterior, procede esta Corporación a estudiar los incentivos convencionales devengados con fundamento en la convención colectiva de 2013-2015 (la cual reposa en el expediente en medio magnético y con su respectiva constancia de depósito), y que específicamente fueron objeto de apelación.

3.6. DEL INCENTIVO HSE CONVENCIONAL, INCENTIVO DE PROGRESO, INCENTIVO DE PROGRESO TUBERÍA Y LA PRIMA TÉCNICA CONVENCIONAL

En la cláusula 12 de la Convención Colectiva suscrita entre la Unión Sindical Obrera "USO" Subdirectiva Seccional Cartagena y la empresa CBI COLOMBIANA S.A, se estableció que: *"los salarios y bonificaciones del personal beneficiario, se aplicarán de acuerdo a como se describe en el Anexo No. 1 denominado Tabla de Salarios y Bonificaciones".*

En dicho anexo, el cual hace parte integral de la convención, se pactó que el incentivo de progreso y la prima técnica no tendrían incidencia salarial en la liquidación de prestaciones sociales, acuerdo que a juicio del Juez A-quo es totalmente eficaz a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST.

Pues bien, al respecto de la validez de la cláusula convencional que le restringe el carácter salarial de un determinado pago, se tiene que la Sala de Casación Laboral en sentencia de 5 de febrero de 1999, Rad. No. 11389, adoctrinó, lo que a continuación se transcribe dada la relevancia de los argumentos para la resolución del caso concreto:

> *"De otra parte, debe tenerse en cuenta que uno de los objetivos del derecho constitucional a la negociación colectiva, cuya principal expresión indudablemente la constituye la convención colectiva de trabajo, como convenio normativo de las condiciones generales de trabajo en la empresa, es el de que los patronos y los trabajadores, representados por el sindicato, de manera autónoma acuerden los mecanismos para mejorar esas condiciones de prestación de los servicios subordinados mediante la creación de prestaciones y beneficios que superen el mínimo de garantías y*

derechos establecidos por la ley, por ser superiores a los que ésta consagra o por no estar previstos en las normas laborales. Si ello es así, ***nada impide que dentro de la libertad contractual que caracteriza al convenio colectivo de trabajo las partes acuerden, en la medida que no afecten el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores por las leyes laborales, la naturaleza y los efectos que para las relaciones individuales de trabajo tendrán los beneficios y prestaciones que hayan sido instituidos como resultado del proceso de negociación****.*

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

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

Posteriormente, en sentencias del 24 de agosto de 2000, Rad. No. 13985 y del 7 de septiembre de 2010, Rad. No. 37970, la Corte reiteró dicha línea de pensamiento, indicando una vez más que:

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

(…) *la facultad contractual de restringir la naturaleza salarial a ciertos derechos consagrados convencionalmente de manera que no tengan incidencia en la liquidación de otros derechos legales o extralegales, dinamiza y flexibiliza la negociación colectiva laboral, ya que las partes al ceñirse a lo estrictamente pactado disminuyen la posibilidad de conflictos jurídicos individuales".*

De acuerdo con la anterior jurisprudencia, es totalmente válido que en el marco de una convención colectiva, las partes celebrantes acuerden que los beneficios extralegales que en ella se reconocerán, no serán tenidos en cuenta, o mejor dicho serán excluidos de la base para liquidar determinadas prestaciones sociales.

Ello por cuanto, no puede perderse de vista, que el principal proposito del proceso de negociación colectiva, no es otro que lograr que el empleador y los trabajadores lleguen a acuerdos que permitan mejorar las condiciones laborales y la productividad, para lo cual se requiere que los intervinientes realicen concesiones mutuas. En ese orden, no tendría sentido que el patrono acepte conceder beneficios superiores a los legales, pero no pueda convenir sobre los efectos o la incidencia salarial que estos tendrán.

Como puede verse, las posturas adoptadas por la Sala de casación en torno a los pactos de exclusión salarial contenidos ya sea en contratos de trabajo o en convenciones colectivas, se encuentra en concordancia, pues en uno y otro caso la Corte ha entendido, que estos pactos son eficaces siempre y cuando en ellos lo que se haga sea establecer que un determinado pago o emolumento extralegal, no será tenido en cuenta en la base para liquidar prestaciones o acreencias laborales, es decir que no tendrá incidencia salarial.

En este orden de ideas, se tiene que el pacto de exclusión contenido en la convención colectiva celebrada entre la USO y CBI COLOMBIANA S.A., es válido, y en todo caso la eficacia o no del mismo no puede ser cuestionada en un proceso individual laboral, sino dentro del marco propio de la denuncia de la norma convencional.

Debido a lo anterior se revocará el fallo apelado en todas sus partes, para en su lugar declarar que las cláusulas que restaron incidencia salarial al bono de asistencia para la liquidación de horas extras y trabajo suplementario, y al incentivo de productividad, incentivo HSE convencional, incentivo de progreso convencional, incentivo de progreso tubería convencional y a la prima técnica convencional para la liquidación de prestaciones sociales, son válidas, y en consecuencia la reliquidación pretendida es improcedente, debiéndose absolver a la demandada de las condenas impuestas.

Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas. Costas en primera instancia a cargo de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un 1%, conforme al acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y que regula las tarifas de las agencias en derecho en los procesos laborales.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA; ADMINISTRADO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA, Y POR AUTORIDAD DE LA LEY;

R E S U E L V E

1° REVOCAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena el 24 de abril de 2018, para en su lugar

DECLARAR que las cláusulas que restaron incidencia salarial al bono de asistencia, al incentivo de productividad, incentivo HSE convencional, incentivo de progreso convencional, incentivo de progreso tubería convencional y a la prima técnica convencional, son válidas, y en consecuencia se **ABSUELVE** a CBI COLOMBIANA S.A de todas las condenas impuestas, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

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

3° RECONOZCASÉ personería para actuar al Dr. 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., como apoderado principal de CBI COLOMBIANA S.A., dentro del proceso de la referencia, y a la Dra. SARA URIBE GONZÁLEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 1.144.167.510 y tarjeta profesional No. 276.326 del C. S. de la J. como apoderada sustituta de la demandada.

4º Una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

N O T I F Í Q U E S E Y C Ú M P L A S E

LOS MAGISTRADOS FIRMAN ELECTRÓNICAMENTE

MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada Ponente

LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado

CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado

Firmado Por:

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

CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
MAGISTRADO
TRIBUNAL 002 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE CARTAGENA-BOLIVAR

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

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
9d18d405d9b8fb1e82eed0a1d8835557e64c2af29752d260b03fee2f1c00404f
Documento generado en 22/07/2021 01:53:49 PM