

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: Dra. MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: JOSE ORTIZ GONZÁLEZ

Demandado: CBI COLOMBIANA S.A.

Fecha Fallo Apelado: 03 de diciembre de 2018

Radicación: 13001-31-05-003-2015-00635-01

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 **JOSE ORTIZ GONZALEZ** 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 GARCÍA SALAS** y **MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO**, quien la preside como ponente, para resolver lo siguiente:

I. CUESTIONES PREVIAS

1.1. ACEPTACIÓN DE RENUNCIA Y RECONOCIMIENTO DE PODER

Se allega memorial presentado por la firma VT SERVICIOS LEGALES S.A.S., con destino al proceso ordinario de la referencia, en el cual indica que renuncia al poder especial que le fue conferido por la demandada CBI COLOMBIANA S.A., adjuntando copia de la comunicación enviada a dicha sociedad.

Visto el informe secretarial que antecede, se accede a la solicitud presentada por cumplir con los requisitos exigidos en la ley.

Así mismo, observa el Despacho que el Dr. Enrique Gómez Martínez identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.468.770, y actuando en calidad de liquidador designado de la sociedad CBI COLOMBIANA S.A., radicó memorial en el cual manifiesta que confiere poder especial, amplio y suficiente 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. de la J.

Debido a lo anterior, se reconocerá personería para actuar al Dr. Sebastián Jiménez Orozco como apoderado principal y a la Dra. Sara Uribe González como apoderada sustituta.

I. SENTENCIA

Encuéntrese el presente asunto para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena el 03 de diciembre de 2018, mediante la cual se absolvió a CBI COLOMBIANA S.A de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. PRETENSIONES: Por intermedio de apoderado judicial, el señor Jose Ortiz González presenta demanda ordinaria laboral, a fin de que se declare: **(i)** la ineficacia del despido del que fue objeto, por encontrarse en estado de discapacidad, **(ii)** que el bono de asistencia y demás auxilios devengados por el actor constituyen factor salarial y, **(iii)** que REFICAR S.A., es solidariamente responsable de las condenas que se impongan.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene a CBI COLOMBIANA S.A., reintegrarlo a su puesto de trabajo, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde la fecha de terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro, y la indemnización de 180 días de salario prevista en el inciso 2º del artículo 26 de la ley 361 de 1.997.

Pretende, además, que se condene a las demandadas a pagar las siguientes acreencias laborales: diferencias generadas de la reliquidación de prestaciones sociales, horas extras, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivos y aportes al sistema de seguridad social (Fl.3 y 4).

2.1.2. HECHOS: Como sustento factico de las pretensiones, el apoderado de la parte demandante manifiesta que el señor José Ortiz González, laboró para la demandada CBI COLOMBIANA S.A desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 27 de mayo de 2015, fecha en la que asegura haber sido despedido sin justa causa.

Señala, que el cargo desempeñado fue el de Albañil Concreto Nivel 4, y que mensualmente el actor recibía un sueldo básico más una bonificación por asistencia, entre otros emolumentos o incentivos de origen contractual y convencional que eran de estirpe salarial.

Refiere que desarrolló una hernia umbilical mientras se encontraba laborando para la demandada y que para la fecha en la que fue terminado su contrato de trabajo se encontraba *“pendiente de intervención quirúrgica y en vigencia de tratamiento médico”*.

Por último, afirma que, para la liquidación de prestaciones sociales, horas extras y trabajo suplementario, no se tuvo en cuenta el salario realmente devengado por el demandante, pues se excluyó el valor de la bonificación de asistencia en la base para calcular tales acreencias, lo cual afectó el monto de sus prestaciones sociales y el valor sobre el cual se hacían los aportes al fondo de pensiones. (Fl.1-2)

2.1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: CBI COLOMBIANA S.A acepta la existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales, sin embargo, aduce que al demandante le fue cancelada la indemnización por despido injusto con la liquidación de su contrato de trabajo.

En lo concerniente a la pretensión de reliquidación de prestaciones sociales horas extras y trabajo suplementario, considera que no hay lugar a la prosperidad de la misma, toda vez que la bonificación de asistencia no tenía naturaleza salarial.

Como medios exceptivos propuso los de buena fe, inexistencia de la obligación y prescripción (Fl. 230-249).

Se aclara, que, durante la audiencia del 03 de diciembre de 2018, el Juzgado Cognoscente aceptó la solicitud de desistimiento parcial presentada por la parte demandante, en lo atinente a las pretensiones relacionadas con la declaratoria de estabilidad laboral reforzada y reintegro.

Se aclara, que, durante la audiencia de que trata el artículo 77 del CPLYSS, el Juzgado Cognoscente aceptó la solicitud de desistimiento parcial presentada por la parte demandante, en lo atinente a la solidaridad de REFICAR S.A., razón por la cual dicha accionada fue excluida del proceso al igual que las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A (Fl. 453).

2.1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena mediante fallo del 03 de diciembre de 2018 absolvió a CBI COLOMBIANA S.A de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que al actor se le había cancelado la respectiva indemnización por despido injusto al momento de la finalización de su contrato de trabajo, como quedó demostrado con las documentales aportadas por el mismo demandante.

En relación a la pretensión de reliquidación, el juzgado estimó, en primer lugar, que el bono de asistencia no tenía incidencia salarial, de acuerdo al pacto celebrado entre las partes el cual, a su juicio, ostenta completa validez; en segundo lugar, en lo que concernía al incentivo de productividad, señaló que este concepto no fue devengado en ningún por momento por el demandante, por lo que la reliquidación devenía en improcedente.

Finalmente, se debe anotar que, durante la audiencia del 3 de diciembre de 2018, el Juzgado Cognoscente aceptó la solicitud de desistimiento parcial presentada por la parte demandante, en lo atinente a las pretensiones relacionadas con la declaratoria de estabilidad laboral reforzada y reintegro.

2.1.5. RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme con la decisión, el extremo activo de la Litis, se alzó en apelación manifestando para tales efectos que el bono de asistencia era otorgado como contraprestación directa del servicio, y en tal sentido debía otorgársele incidencia salarial.

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 por ambas partes, cuyos alegatos han sido leídos y tenidos en cuenta para la siguiente decisión que se plasma, previa las siguientes;

III. CONSIDERACIONES

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.

3.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO CONCRETO

- Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 127 y 128
- Sala de Casación Laboral, sentencia del 12 de febrero de 1993 con Rad.5481
- Corte Constitucional sentencias C-521 DE 1995 y C-710-1996
- Sala de Casación Laboral sentencia del 1 feb. 2011, Rad. No. 35771

- Sala de Casación Laboral sentencia del 13 de junio de 2012, Rad. No. 39475
- Sala de Casación Laboral sentencia del 3 de julio de 2013, Rad. No. 40509
- Sala de Casación Laboral sentencia del 18 de octubre de 2017, Rad. No. 51923
- Sala de Casación Laboral sentencia de 14 de noviembre de 2018, Rad. 68303
- Sala de Casación Laboral sentencia del 17 de julio de 2019, Rad. No 64255
- Sala de Casación Laboral sentencia del 4 de diciembre de 2019 Rad. No 68005
- Sala de Casación Laboral sentencia del 21 de enero de 2020, Rad. No 63154.

3.4. DE LA ADECUADA INTERPRETACIÓN DE LOS PACTOS DE EXCLUSIÓN SALARIAL

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

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:

3.5. EL BONO DE ASISTENCIA Y LA VALIDEZ DEL PACTO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES

En este punto, lo primero que debe empezar por recordarse, es que los contratos de trabajo son ley para las partes, las cuales pueden libremente estipular las cláusulas que a bien tengan con el fin de regular las condiciones de los mismos, siempre que estas no contraríen la ley o vayan en contra de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador. Lo anterior implica, que al momento de la suscripción o durante la vigencia de la relación laboral las partes pueden estipular, acordar, variar o modificar aspectos del contrato.

En el caso de marras se tiene, que inicialmente en la cláusula cuarta del contrato de trabajo se estableció que la remuneración mensual del señor José Ortiz

González estaría conformada por dos factores: por un lado, un salario básico u ordinario, y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada al cumplimiento de unos requisitos (Fl.262-271).

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)”*, y que el mismo tendría incidencia salarial.

No obstante, las partes posteriormente suscribieron un *“otro si”* en el cual acordaron que la naturaleza de la bonificación por asistencia y sus términos de causación, ya no se regirían por lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato sino por las estipulaciones contenidas en la política salarial de REFICAR de 15 de abril de 2011 (Fl. 274).

Pues bien, en la referida política (Fl. 286 a 305) se cambiaron los indicadores de causación de la bonificación, los cuales pasaron a ser dos: **(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). Igualmente se estipuló que en adelante el bono de asistencia no integraría la base de liquidación de ninguna acreencia que tuviera como referencia la remuneración o salario ordinario, específicamente, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, por lo que únicamente sería tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales, aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero.

Para la Sala, dichas modificaciones tienen plena validez, puesto que al actor se le plantearon las nuevas condiciones de la cláusula y este las aceptó, lo cual implica que en las estipulaciones de la misma hubo concurso de voluntades, máxime si se tiene en cuenta que en el proceso no se solicitó la declaratoria de ineficacia del *“otro si”* firmado entre las partes, ni se alegó la configuración de algún vicio del consentimiento que hubiera obligado al actor a firmar o aceptar el mismo. Aunado a ello, no puede considerarse que tal cambio desmejorara las condiciones del trabajador, puesto que la bonificación por asistencia es un beneficio extralegal, que no hace parte del piso de derechos mínimos.

En ese orden de ideas, se tiene entonces, que la política salarial excluyó la bonificación de la base para calcular ciertas acreencias, siendo esta política y sus condiciones adoptadas por las partes de mutuo acuerdo. Exclusión, con la cual, para la Sala, no se pretendió quitar el carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, sino 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,

lo cual a la luz de lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, es totalmente posible, 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 sería 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 artículo 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 de 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 confirmará el fallo apelado, pero por las razones antes expuestas.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, 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° CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena el 03 de diciembre de 2018, pero por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

2° COSTAS en esta instancia cargo de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente al una equivalente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

3° ACÉPTESE LA RENUNCIA de poder presentada por la firma VT SERVICIOS LEGALES S.A.S., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

4° 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.

5° Una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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:

7900c647e7f3a78f1d456c2fc625f53fbc703d933ba6893a959838cad82a497b

Documento generado en 22/07/2021 03:33:02 p. m.