REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CARTAGENA
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Cartagena de Indias, trece (13) de octubre del año dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 13001-31-05-008-2017-00044-01
Demandante: FIDEL HUMBERTO CAICEDO PEREIRA
Demandado: CBI COLOMBIANA S.A.
Proceso: Ordinario Laboral (Recurso de Apelación)
Fecha Sentencia de Primera Instancia: siete (07) de octubre de dos mil diecinueve (2019)
Juzgado de Primera Instancia: Octavo Laboral del Circuito de Cartagena

ACLARACIÓN DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto aclaro mi decisión, al considerar que si bien comparto el sentido absolutorio de la sentencia, considero que en lo referido a la reliquidación por el bono de asistencia, específicamente uno como el que disfrutó el actor, ha insistido la sala suscrita, así como la mayoría de los magistrados integrantes de la sala tercera de este tribunal, que su análisis va más allá de la verificación o no de la retribución directa del servicio del bono, pues en virtud a los parámetros jurisprudenciales que sobre la materia ha trazado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien se ha considerado que 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, se ha aceptado que este artículo si permite que las partes puedan pactar que un pago que es salario pueda ser tenido en cuenta para liquidar o no ciertas prestaciones.

En tal sentido, el alcance de este artículo es que un pacto de exclusión salarial puede ser usado en dos casos: 1) solo puede recaer sobre pagos que no retribuyan directamente el servicio prestado, es decir sobre aquellos

emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, eventualmente podrían llegar a ser considerados salario, esto con el fin de evitar litigios futuros y; *2) es válido pactar que un pago que es salario, no sea tenido en cuenta como factor salarial para liquidar ciertas prestaciones, indemnizaciones o trabajo suplementario****, siempre y cuando no atente contra la remuneración mínima, vital, móvil y resulte proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.***

Es un marco parecido al que se ha aceptado pacte y utilice el sindicato y su patrono, también avalado por la CSJ.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia del siete de septiembre de 2010, dentro del proceso radicado 37970 adoctrinó así esta última posibilidad:

"Ahora bien, lo anterior no impide que la Corte recuerde que ha puntualizado 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.***

En el caso de marras, no existe controversia en torno a que el *"Bono de asistencia o Bonificación por Asistencia"* fue ofrecido por CBI al accionante, de acuerdo con la política salarial implementada por el contratante REFICAR S.A.

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

En la referida cláusula, se dispuso, además, que el bono de asistencia se causaría *"por asistencia al trabajo, en proporción al tiempo de trabajo y se liquidaría en relación al cumplimiento del tiempo de trabajo planeado y en un futuro, en adición a la anterior condición, en relación con el desempeño del empleado en la política de Higiene, Salud y Medio Ambiente (HSE)".*

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

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

Lo anterior implica, que el pacto celebrado entre las partes no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, ya que incluso se especificó que el bono si tuviera incidencia salarial, de donde se infiere que el pago del bono como contraprestación del servicio prestado jamás estuvo en discusión.

De lo expuesto, se extrae que el pacto de "*desalarización"* en realidad consistió en acordar que, pese a que el bono de asistencia era salario, este solo sería tenido en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, vacaciones compensadas en dinero, indemnizaciones e incluso aportes a seguridad social, excluyendo únicamente las horas extras, el trabajo suplementario y las vacaciones disfrutadas en tiempo.

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

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

Es claro que el demandante solo dejó de recibir por no liquidación de trabajo suplementario con inclusión del bono de asistencia, una suma muy inferior que, en palabras de la Corte, no atenta *contra la remuneración mínima, vital, móvil* y claramente resulta "*proporcional a la cantidad y calidad del trabajo"*, si se tiene en cuenta todo lo que el actor percibió por el pago de dicho bono y su inclusión en la liquidación de prestaciones sociales durante todo ese periodo de tiempo, lo que a todas luces cumple con el límite que impone la Sala de Casación Laboral para estos pactos, pues nunca se afectó el mínimo vital y fue proporcional al trabajo realizado, de donde debe colegirse sin lugar a dudas que el pacto nunca tuvo intención de socar los derechos de los trabajadores.

Limitar el estudio de estos pactos única y exclusivamente al análisis de la retribución directa del servicio, dejando de lado el estudio de otros principios, como los expuestos, y sobre todo, el análisis de las pruebas de cada caso particular, los hechos y el contexto en donde, como y cuando se ejecutaron y desarrollaron los eventos, limitan severamente la posibilidad de que las partes efectúen este tipo de convenios, y contribuye a un análisis simple y superficial de los eventos de cada caso, e impediría que los empleadores concedieran prerrogativas superiores a las legales, entendiendo, se repite, que no puede perderse de vista que la eficacia de estos pactos depende del análisis de las condiciones de cada caso en particular y de las pruebas traídas al proceso.

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

Así las cosas, el análisis de la retribución o no del bono en la prestación del servicio, no es el argumento por el cual se debe absolver, sino la naturaleza legal y constitucional del pacto de exclusión, conforme a los lineamientos vertido por la Corte Suprema de Justicia en los proveídos del 12 de febrero de 1993 (Rad.5481), del 7 de septiembre de 2010 (Rad. 37970) del 1° feb. 2011 (Rad. No. 35771), del 13 de junio de 2012 (Rad. No. 39475), del 3 de julio de 2013

(Rad. No. 40509), del 18 de octubre de 2017 (Rad. No. 51923), del 14 de noviembre de 2018 (Rad. 68303), del 17 de julio de 2019 (Rad. No 64255), del 4 de diciembre de 2019 (Rad. No 68005), del 21 de enero de 2020 (Rad. No 63154) esboza también la necesidad de analizar cada concreto, conforme a las pruebas allegadas, contrarrestando siempre si en la realidad se atenta o no contra "*la remuneración mínima, vital, móvil"* que resulte *"proporcional a la cantidad y calidad del trabajo",* dos principios que en últimas son el límite o la línea roja de los pactos de exclusión como el aquí convenido, líneas que, como ya se explicó, no se vulneraron.

Así mismo, he venido afirmando 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 me forman el convencimiento 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 la suscrita 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.

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