

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA
SALA LABORAL**

SALA CUARTA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: **FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA**

PROCESO: ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JAIME BENAVIDES UPARELLA

DEMANDADO: KENTZ CARIBBEAN SUCURSAL COLOMBIA, GMP INGENIEROS S.A.S, MECANICOS ASOCIADOS S.A.S Y CBI COLOMBIANA S.A.

RADICACION: 13001-31-05-002-2015-00161-01

ASUNTO: Apelación de sentencia parte demandada

TEMA: Bonificación HSE y Cumplimiento, prima técnica, incentivo HSE y progreso, sanción moratoria

Cartagena De Indias D.T. y C, diez (10) noviembre del año dos mil veintiuno (2021)

CUESTIÓN PREVIA

Conforme al Decreto 806 de 2020, y los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020 respectivamente, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, para cerrar la instancia, la Sala Cuarta de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena conformada por los magistrados FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA, como ponente, JOHNNESY LARA MANJARRES y MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO, se integraron a fin de debatir y proferir la siguiente **SENTENCIA**, de manera escrita:

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

El demandante presentó demanda ordinaria laboral contra KENTZ CARIBBEAN SUCURSAL COLOMBIA, GMP INGENIEROS S.A.S, MECANICOS ASOCIADOS S.A.S, como sociedades integrantes del consorcio KGM y CBI COLOMBIANA S.A, admitida mediante auto adiado 22 de junio de 2015 (fol. 85), en donde pidió se declare la existencia de un contrato de trabajo con las sociedades integrantes del consorcio desde el 5 de octubre de 2013 hasta el 18 de septiembre de 2014, en consecuencia, se condene a las demandadas integrantes del consorcio y solidariamente a CBI COLOMBIANA S.A, al pago de la

indemnización por despido injusto, diferencias en la liquidación de trabajo suplementario, recargos nocturnos, dominicales y festivos, reliquidación de prestaciones sociales y aportes a pensión, devolución de descuentos ilegales, sanción moratoria del artículo 65 del CST, la indexación monetaria de las sumas a reconocer y las costas del proceso. (fol. 3-4)

1.2. HECHOS DE LA DEMANDA

Como soporte de sus pretensiones, el demandante dijo en síntesis que fue vinculado a KENTZ CARIBBEAN SUCURSAL COLOMBIA, GMP INGENIEROS S.A.S, MECANICOS ASOCIADOS S.A.S, entidades integrantes del CONSORCIO KGM, a través de un aparente contrato por obra, como ayudante eléctrico desde el 5 de octubre de 2013 hasta el 18 de septiembre de 2014, fecha esta última en que las demandadas dieron por terminado el contrato de manera unilateral e injusta por no haber finalizado la obra para la cual había sido contratado. Explicó que su salario estaba integrado por una suma fija y unas sumas adicionales integradas por bonificación mensual, bono técnico, incentivo de progreso y bonificación de REFICAR, recibidos todos los meses y sobre los cuales hicieron retenciones en la fuente, razón por la cual se ratifica su carácter salarial, sin embargo, las demandadas no los tuvieron en cuenta a la hora de liquidar prestaciones sociales, trabajo suplementario, aportes y recargos, afectando de manera considerable la liquidación de prestaciones y el pago de sus aportes. Por ultimo explicó que CBI COLOMBIANA era la beneficiaria de las labores que desempeñaba de ahí su responsabilidad solidaria. (fol. 1-3)

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de contestación fue aceptado mediante auto de fecha 12 de diciembre de 2016 (fol. 601) y 13 de junio de 2017 (fol. 647).

CBI COLOMBIANA S.A: se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por cuanto no existió relación laboral con el accionante y no ser solidariamente responsable de eventuales condenas. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, temeridad del demandante, buena fe de la demandada, prescripción e innominada o genérica. Llamó en garantía a liberty seguros S.A, pero antes del fallo desistieron del llamamiento. (fol. 185-195)

KENTZ CARIBBEAN SUCURSAL COLOMBIA, GMP INGENIEROS S.A.S, MECANICOS ASOCIADOS S.A.S, entidades integrantes del CONSORCIO KGM: se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por cuanto su vinculación fue con el consorcio y no con las demandadas de manera individual, la terminación del contrato atendió a la finalización de la obra contratada y las bonificaciones frente a las cuales reclama la incidencia salarial explicó que tenían fundamento en la política salarial de REFICAR, aplicables a contratistas y subcontratistas en la ampliación de la refinería de Cartagena, documento donde se estableció su no incidencia salarial. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa

por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago, temeridad del demandante, buena fe de la demandada, prescripción e innominada o genérica. (fol. 363-380)

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, al que le correspondió su conocimiento, puso fin a la primera instancia con sentencia de fecha diez (10) de junio de 2017, por medio de la cual declaró la existencia del contrato de trabajo con el consorcio KGM y responsable de suma adeudadas del consorcio a cargo de las demandadas KENTZ CARIBBEAN SUCURSAL COLOMBIA, GMP INGENIEROS S.A.S, MECANICOS ASOCIADOS S.A.S, entidades integrantes del CONSORCIO KGM; condenó a éstas y de manera solidaria a CBI COLOMBIANA, al pago de la indemnización por despido injusto, reliquidación de trabajo suplementario teniendo en cuenta la incidencia salarial del bono HSE y cumplimiento, prima técnica, incentivo HSE mensual e incentivo de progreso, sanción moratoria .

Basó su decisión en que estaba demostrado que el demandante suscribió un contrato por obra con el consorcio y conforme al ordenamiento jurídico las personas naturales o jurídicas que lo integran son las llamadas a responder por las obligaciones del consorcio, al no ser este último sujeto procesal. Frente al despido indicó que estaba determinada la obra pero no el avance de esta a efectos de poder establecer la culminación de la misma al finiquito contractual, carga que correspondía a la demandada, pero como tampoco existía certeza de la finalización de la obra, la indemnización debía reconocerse en un monto equivalente a 15 días de salario.

Con relación a las bonificaciones habituales, indicó que conforme a la política salarial de REFICAR el bono HSE y cumplimiento estaba sujeto a dos condicionamientos relativos a la asistencia y cumplimiento de normas de seguridad, el bono HSE a las no fatalidades del grupo de trabajo y el incentivo de progreso al avance grupal, sin embargo, todos implicaban el aporte de trabajo del demandante, de ahí su naturaleza salarial al tenor del 127 del CST; respecto a la prima técnica no había condicionamientos, por ende debía tenerse como salario. Dijo que a pesar de contarse con exclusión salarial de dichos pagos para la liquidación de trabajo suplementario, este no era eficaz a la luz del artículo 43 del CST, pues contraría lo dispuesto en los cánones 127 y 128 del CST.

En lo que tiene que ver con devolución de descuentos ilegales, encontró de los volantes de pago que los efectuados al actor tenían sustento legal por tratarse de descuentos por aportes y cuotas sindicales entre otros. Sobre la sanción moratoria halló su procedencia por no encontrar razones que justificaran la conducta de la demandada de desalarizar pagos retributivos del servicio. Por último, viabilizó la condena solidaria de la demandada CBI COLOMBIANA, pues se cumplían los presupuestos del artículo 34 del CST, en tanto existía una íntima

conexidad entre objetos sociales de las codemandadas, el objeto del consorcio, el contrato de CBI con las consorciadas y la actividad del demandante.

3. RECURSO DE APELACIÓN

KENTZ CARIBBEAN SUCURSAL COLOMBIA, GMP INGENIEROS S.A.S, MECANICOS ASOCIADOS S.A.S, entidades integrantes del CONSORCIO KGM, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitándose la revocatoria de la sentencia, en lo relativo a la indemnización por despido injusto, reliquidaciones y sanción moratoria. Sustentó su recurso, en que las bonificaciones pagadas dependían de condiciones que no buscaba retribuir directamente el servicio del demandante, establecidas para incentivar al trabajador al cumplimiento de objetivos del proyecto. Condiciones que se cumplieron tal como fueron pactadas, pues el demandante reconoció en su interrogatorio que cuando no cumplió metas no recibió el incentivo de progreso, tan es así que cuando estaba incapacitado, por ser una ausencia justificada, de llegar a causarse podía percibir las bonificaciones, lo que descarta que estuvieran relacionados con el salario retributivo ordinario. Insistió sobre la inexistencia de mala fe, pues era una política no elaborada por ellos, siempre pagaron todas las obligaciones laborales, por así reconocerse por el demandante en su interrogatorio, no buscó desmejorar al trabajador, por el contrario, entregó sumas adicionales que hoy no pueden ser reconocidas como salario por existir exclusión salarial, además porque ello desestimularía a los empleadores conceder beneficios más allá de los beneficios legales.

4. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante hizo uso de sus alegaciones insistiendo en que el bono de asistencia es salario a la luz de los artículos 127 y 128 del CST y la sentencias SL4111-2020, a SL8216-2016, C-521 de 1995, así, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial, será ineficaz, en consecuencia incurre en error de hecho este Tribunal en los recientes fallos cuando se concluye que el empleador CBI no desconoció el carácter salarial de la bonificación, pues es contraria a las evidencias del proceso y en concreto a las pruebas documentales en que se contienen los actos jurídicos fuentes del pago (contrato de trabajo, Convención colectiva y políticas salariales), así como también desatiende las declaraciones de parte que se contienen en las contestaciones de demanda y alegatos de instancia. Por ultimo reiteró la conducta de mala fe del empleador.

La demandada MECANICOS ASOCIADOS S.A.S, solicitó con sus alegaciones la revocatoria de la sentencia en su integridad, en tanto, los beneficios habituales concedidos estaban sujetos a condicionamientos, eran pagos extralegales, sobre los cuales recaía un pacto de exclusión salarial, la cual era eficaz por no vulnerar los derechos del ex trabajador demandante.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda fue presentada en forma legal, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal para resolver el asunto objeto central del presente litigio.

6. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico a resolver de acuerdo a las razones expuestas en el recurso de apelación, giran en torno a determinar si hay lugar a declarar la incidencia salarial del bono HSE y cumplimiento, incentivo de progreso, HSE y prima técnica, de ser así, si se encuentra demostrada la mala fe del empleador.

7. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR LA TESIS DE LA SALA

- Artículo 127, 128, del CST
- Sentencias del 12 de febrero de 1993 con rad. N° 5481, CSJ SL, 10 dic. 1998, rad. 11310, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475, CSJ SL 1101-2019, SL2707-2019, SL172-2019CSJ SL 1360 de 2018, CSJ SL3772-2018, CSL SL2586-2020, CSJ SL12220-2017, CSJ SL2088-2018, CSJ SL 1798-2018, CSJ SL2067-2019, CSJ SL 4313-2020, CSJ SL3886-2020, CSJ SL177-2020, CSJ SL5328-2019, CSJ SL4970-2019 y CSJ SL3266-2018

8. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que la presente decisión estará en consonancia con las materias objeto de apelación, de conformidad con el artículo 66 A del CPTSS, adicionado por la Ley 712 de 2001 y que a estas alturas del proceso está por fuera de la controversia, la existencia de un contrato de trabajo, a partir del desde el 5 de octubre de 2013 hasta el 18 de septiembre de 2014, como ayudante en electricidad.

Aunque la recurrente al interponer el recurso solicitó la revocatoria de las condenas de la indemnización por despido injusto, reliquidaciones y sanción moratoria, no perfiló reparo alguno frente al despido injusto, lo cual imposibilita obtener un pronunciamiento por parte de esta Corporación al respecto, pues no basta plantear inconformidad, sino que se requiere que ésta sea sustentada; como la recurrente basó su sustentación en la exclusión salarial de bono e incentivos y la buena fe de las demandadas, el estudio de esta corporación circunscribirá su estudio en lo referente a las reliquidaciones ordenadas y a la sanción moratoria impuesta.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la apoderada de las demandadas insistió sobre el carácter no retributivo de los servicios de los distintos bonos e incentivos, la existencia y validez de exclusión salarial que sobre ellos recaía, contenido en la política salarial, al amparo del artículo 128 del CST, lo cual fuerza

precisar el alcance de esta normativa luego de la modificación de la Ley 50 de 1990.

8.1. Alcance del artículo 128 CST luego de la modificación introducida por el artículo 15 de la ley 50 de 1990

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 127 del CST, es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio y que por regla general todos los pagos que recibe el trabajador por su actividad subordinada son salario a menos que se trate de los siguientes: i) Prestaciones sociales, ii) Sumas recibidas en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad sus funciones, iii) Sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador, iv) Pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo y v) Beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario, conforme al artículo 128 del CST y la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencias CSJ SL12220-2017, CSJ SL2088-2018, CSJ SL 1798-2018 y CSJ SL2067-2019)

Frente a la última excepción, consagrada en el inciso final del citado artículo 128 del CST, esto es, la posibilidad de las partes de poder disponer qué beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, no constituyen salario, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha sido abundante la jurisprudencia sobre el alcance, específicamente las sentencias del 12 de febrero de 1993 con rad. N° 5481, CSJ SL, 10 dic. 1998, rad. 11310, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475, CSJ SL 1101-2019, SL2707-2019, SL172-2019, CSJ SL 4313-2020, SL3886-2020, SL177-2020, SL5328-2019, SL4970-2019 y CSJ SL3266-2018, de las cuales esta Sala sin mayor hesitación extrae las conclusiones que pasan a detallarse:

1. Es salario todo pago que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios.
2. No es posible para las partes en la relación de trabajo a la luz del artículo 128 del CST, despojar de naturaleza salarial un pago que por esencia lo es.
3. El artículo 128 del CST habilita a las partes a establecer beneficios con exclusión salarial, potestad no absoluta, cuando recaiga sobre beneficios extralegales (pagos adicionales al salario básico) y no desconozcan derechos laborales, limitada a dos eventos: (i) para señalar que no es salario pagos no retributivos directamente del servicio, o (ii) para señalar que pagos aun siendo retributivos del servicio y sin que pierdan ese carácter, no tengan incidencia en la liquidación y pago de otras acreencias laborales.

Interpretación que en palabras de la Corte no resulta “*descabellada*” y por el contrario, acorde a la jurisprudencia asentada por la Sala de Casación en materia laboral sobre la interpretación del artículo 128 del CST, tal como señaló en sentencia STL11582-2020, al estudiar una tutela contra la Sala Tercera de este tribunal. Postura que ha sido adoptada por la mayoría de esta Sala en decisiones pretéritas a partir del 11 de marzo de 2021.

Así las cosas, en claridad sobre el alcance del artículo 128 del CST, corresponde al juez laboral, individual o plural, en cada caso, para la determinación del carácter salarial de un pago extralegal, verificar: (i) que el pago realizado por el empleador retribuya directamente el servicio para el cual fue contratado el trabajador; (ii) que sea habitual (presupuesto que contrario a lo manifestado por el demandante en su recurso, por sí solo no es determinante para declarar la naturaleza salarial de un pago, pero su ausencia hace considerarlo un pago ocasional y por ende despojado de aquella naturaleza); y (iii) que no exista un pacto o régimen salarial de exclusión. Pues en caso de existir, resulta imprescindible estudiar si el mismo se adecua a las hipótesis de la conclusión vertida en el numeral 3, analizando las condiciones de cada caso en particular y de las pruebas traídas al proceso, pues de lo contrario, estará forzado a declarar la ineficacia de la disposición en atención al mandato establecido en el artículo 43 del CST.

Como la exclusión salarial recae sobre distintos emolumentos, esta Sala procede a estudiar la validez de la exclusión teniendo en cuenta el alcance del artículo 128 del CST explicado líneas atrás, de manera individualizada, tal como pasa a detallarse:

8.1.1. Bono HSE y Cumplimiento o Bonificación Reficar

En el anexo 1 del contrato las partes acordaron el pago de una bonificación mensual cuya causación 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), la cual no integraría la base de liquidación de ninguna acreencia que tenga como referencia la remuneración o salario ordinario, específicamente, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, mientras que sería tomada en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales – cesantías, intereses y primas de servicio, aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero. También se acordó que de llegar a causarse sería pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio.

Para la Sala como las condiciones de causación a que hace referencia el canon en cita, estaban ligadas a la asistencia y el cumplimiento del trabajo del

actor, se demuestra que su causación requería el despliegue de la fuerza de trabajo de éste, concluyéndose de lo anterior, que la bonificación en comento era retributiva del servicio, de donde brota su naturaleza salarial. También se cumple el presupuesto de habitualidad, dado que fue pactada su causación mensual, y así advertirse en los distintos volantes de pago aportados al expediente, que demuestran su pago mes a mes.

Ahora bien, tal como fue redactada la cláusula de exclusión, se concluye que las demandadas no pretendieron quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, sino que se determinó que, no integraría la base de liquidación para la remuneración de recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, lo cual se acompasa a una de las hipótesis de desalarización enseñadas por la jurisprudencia, esto es, a pesar de ser retributivo del servicio, no se desconoció la naturaleza salarial del pago, sino que se determinó no tenerlo en cuenta para ciertos pagos (trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo).

Sumado a lo anterior, se considera que se trató de un pago extralegal, recuérdese que el demandante a la finalización del contrato de trabajo percibía un salario básico una suma de \$1.739.362 y por bonificación Reficar una suma adicional de \$808.798 (fol. 539). Pago que no deja en evidencia el desconocimiento de los derechos laborales del actor. Nótese además que la exclusión se hizo frente a los conceptos de menor incidencia, por el contrario, la bonificación si era tenida en cuenta para el cálculo de prestaciones sociales (cesantías, intereses y primas de servicio), aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero, conceptos a todas luces de mayor notabilidad,

En suma, al estar demostrado que el pago por bonificación Reficar era retributivo del servicio, se daba de manera habitual, pero a pesar de ser retributivo del servicio, el instrumento que lo consagró no desconoció el carácter salarial del pago, sino que lo excluyó de la base de liquidación de trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo, lo cual es permisible a la luz de la interpretación enseñada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al alcance de la parte final del artículo 128 del CST, esta Sala concluye que dicha exclusión resulta válida y vinculante para ambas partes, imponiéndose revocar la sentencia en cuanto a la reliquidación de trabajo suplementario y recargos teniendo en cuenta la bonificación Reficar, para en su lugar absolver a la demandadas de esta pretensión.

8.1.2. Bonificaciones, incentivos y prima de la Política Salarial

Mediante otro si al contrato de trabajo de fecha 14 de diciembre de 2013, las partes acordaron que el trabajador tenía la posibilidad de recibir bonificaciones, incentivos y primas establecidos en el numeral quinto del documento

denominado “*Actualización de la Política Salarial de REFICAR extensiva a trabajadores de contratistas y subcontratista durante la construcción del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena*” del 1° de octubre de 2013, siempre y cuando se cumplan las condiciones de causación explicadas en el citado documento, los cuales al tenor del artículo 128 del CST no tenían incidencia salarial.

a. Del incentivo de progreso e incentivo HSE

En los puntos 5.2 y 5.4 de la política salarial vista a folios 566 del expediente, se dispuso que, los trabajadores recibirían un incentivo de progreso que consultara el avance global en la ejecución del proyecto o de los contratos suscritos con empresas contratitas y subcontratistas para el proyecto; por otro lado, el incentivo HSE estaba condicionado a que, el frente de trabajo no podía haber tenido incidentes registrables ni fatalidades durante la semana, además se dispuso que se entendía por frente de trabajo el asignado por el supervisor o jefe inmediato y que tiene por objeto la ejecución de un entregable colectivo. Sobre estos dos incentivos, el mencionado documento señaló que no tenía incidencia salarial para todos sus efectos.

De lo expuesto, se evidencia que los mencionados incentivos no constituyen una contraprestación directa del servicio, al causarse por el esfuerzo grupal, y no por la productividad individual de cada empleado. Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL4980-2018, explicó que cuando se perciba una remuneración por metas globales o grupales se descarta de plano la retribución directa del servicio, al exponer en su tenor literal “*el «beneficio por productividad» además de ser una mera liberalidad del empleador, al fundarse en un esfuerzo global y no individual del trabajador, de suyo, no retribuía el servicio.*”

Luego entonces, al no ser retributivos del servicio, resulta válido y vinculante para las partes el pacto de desalarización contenido en dicha política, por adecuarse a una de las hipótesis del alcance del artículo 128 del CST, esto es, restar la incidencia salarial a un pago no retributivo del servicio, lo cual conduce a revocar la reliquidación otorgada frete a estos dos estipendios.

b. Prima técnica contenida en la política salarial (bono técnico)

En el mismo instrumento ya mencionado, en el punto 5.3, se dispuso que todos los trabajadores, salvo los de las disciplinas de soldadura y tubería, tendrían derecho a una prima técnica mensual, correspondiente al 10% del salario básico. Así mismo, se señaló que, el monto de la mencionada prima para los trabajadores de soldadura y tubería ubicados en las escalas 4, 5, 6 y 7 del cuadro de cargos de la escala salarial sería el establecido en el anexo 5. **También se dispuso que la mencionada prima no era constitutiva de salario para ningún efecto.**

De los volantes de pago visibles a folios 515 a 540 se desprende que el actor percibía el mencionado pago de manera **habitual** a partir de la suscripción del otro sí que incorporó las bonificaciones e incentivos de la política salarial, cancelado en proporción a los días trabajados y se trataba de **un pago extralegal**; Frente a este tópico en particular, el instrumento que lo consagró, le restó incidencia salarial, sin aportarse por la demandada, justificación o razón alguna frente a la finalidad de ese pago, es decir, la razón por la cual, el demandante percibía ese concepto. Tampoco se advirtió, como en otros ítems atrás estudiados, que atendiera a un esfuerzo grupal, o global del proyecto, en consecuencia, y conforme a la jurisprudencia sobre la materia, debe darse aplicación a la regla general, de que todo aquello que percibe el trabajador en dinero o en especie es salario, en otras palabras, **el pago era percibido como retribución directa del servicio**, tal como también concluyó el A quo.

En ese sentido, en lo que respecta a esta bonificación percibida, la Sala estima que, se cumplen los presupuestos contenidos en el artículo 127 del CST, en tanto, la demandada no realizó esfuerzos demostrativos, siendo que tenía la carga de probar que su destinación obedeció a una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por ende, no tenían carácter remuneratorio, situación que no aconteció en este caso. Igualmente se considera que la exclusión salarial señalada en el instrumento que lo consagró, no es válida, por cuanto, no se adecua a las hipótesis que se desprenden del alcance del artículo 128 del CST, pues al estar demostrado el carácter retributivo de los servicios del actor, al abrigo del canon en cita, sólo era posible acordar no incluirlo en la base de cálculo para liquidar ciertas acreencias, sin embargo, la exclusión señalada en la política, dista de lo permitido por la Jurisprudencia.

En conclusión, al ser la prima técnica contenida en la mencionada política, retribución directa del servicio del demandante, pagarse habitualmente y no tener validez la exclusión salarial depositada en dicho instrumento, por no ajustarse a lo señalado en el artículo 128 del CST, vale decir que dicha prima sí tiene incidencia salarial, y por ende, debía ser tenida en cuenta para la liquidación de trabajo suplementario y recargos, imponiéndose la confirmación de la decisión de reliquidación solo frente a este estipendio.

Como la juez calculó las diferencias por reliquidación de trabajo suplementario y recargos teniendo en cuenta todas las bonificaciones y en esta instancia solo encuentra confirmación frente a la prima técnica o llamado bono técnico, fuerza calcular las diferencias por trabajo suplementario frente a este último. Al hacer las correspondientes operaciones aritméticas, se tiene que las demandadas adeudan al demandante la suma de \$260.896 por concepto de diferencias en el pago de trabajo suplementario teniendo en cuenta la incidencia salarial de la prima técnica, y en ese sentido se modificará el ordinal quinto de la sentencia, tal como se observa de la liquidación a continuación:

mes	vr prima tecnica	Vr Hora base para liquidar	Horas extras diurnas	Vr diferencia Hora extra Diurna	horas con recargo dominical	vr diferencia por hora recargo dominical	total adeudado
oct-13	\$ 175.026	\$ 729	22,5	\$ 20.511			\$ 20.511
nov-13	\$ 169.380	\$ 706	25	\$ 22.055			\$ 22.055
dic-13	\$ 158.088	\$ 659	7	\$ 5.764			\$ 5.764
ene-14	\$ 169.380	\$ 706	18,5	\$ 16.320			\$ 16.320
feb-14	\$ 135.009	\$ 563	28	\$ 19.689			\$ 19.689
mar-14	\$ 168.441	\$ 702	27,5	\$ 24.126			\$ 24.126
abr-14	\$ 173.937	\$ 725	22,5	\$ 20.383			\$ 20.383
may-14	\$ 172.669	\$ 719	19	\$ 17.087			\$ 17.087
jun-14	\$ 173.937	\$ 725	28	\$ 25.366	8	\$ 10.146	\$ 35.512
jul-14	\$ 173.937	\$ 725	22,5	\$ 20.383	16	\$ 20.293	\$ 40.676
ago-14	\$ 173.937	\$ 725	26	\$ 23.554			\$ 23.554
sep-14	\$ 104.362	\$ 435	28	\$ 15.219			\$ 15.219
TOTAL ADEUDADO POR DIFERENCIAS EN LIQUIDACIÓN DE TRABAJO SUPLEMENTARIO							\$ 260.896

8.1.3. Sanción moratoria del artículo 65 del CST

En la indemnización por no pago de salarios y prestaciones corresponde al empleador la carga de la prueba a efectos de exonerarse de la sanción prevista en el artículo 65 del CST, recordándose que la imposición de la sanción moratoria no es de aplicación automática, en cada caso es necesario estudiar si la conducta del empleador estuvo o no asistida de buena fe.

Como la recurrente insiste en la demostración de una conducta de buena fe, es importante recordar que, de la buena fe, la SCL de la CSJ prohijó lo explicado por la Sala de Casación Civil el 23 de junio de 1958 y reiterando tal postura en sentencia CSJ SL 15412-2016, en donde exaltó que la buena fe *“equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe”* entendiéndose que actúa de mala fe *“quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud”*

Para esta Sala, contrario a lo considerado por el A quo, el ex empleador aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, lo que excluye que su actuar estuviere precedido de mala fe. En primer lugar, el salario básico pactado con el demandante (\$1.739.362 para el año 2014) de cara al cargo que desempeñaba (ayudante eléctrico) no evidencia la intención de disfrazar sumas realmente salariales, como es el caso, cuando el empleador establece que el pago de horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos, son reemplazados por un pago fijo mensual, o cuando al abrigo de bonificaciones remunera comisiones, o cuando disfraza la relación laboral bajo un contrato de naturaleza distinta, aspectos que no se acompasan a la situación fáctica del proceso que nos ocupa, por el contrario se trata de una suma adicional al salario básico y viene demostrado que el ex empleador concedió beneficios superiores a los mínimos legales.

En segundo lugar, es admisible que como se trataba de una obra de ampliación, se buscaran alternativas para incentivar a los trabajadores al cumplimiento de metas y entregas de trabajos. En tercer lugar, el pacto que

contempla la prima técnica, viene dado en cumplimiento de la política salarial de la empresa REFICAR, contratante de la demandada CBI, quien a su vez es subcontratante del consorcio, que conforme a la política en mención, de no acatarse por parte de los contratistas y subcontratistas, éstos incumplirían las obligaciones pactadas en el contrato comercial, acarreando las correspondientes sanciones. Por último, la naturaleza salarial de este pago no resulta de la comprobación de su carácter retributivo, sino por dar aplicación a la regla general, esto es, entender que todo lo que recibe el trabajador es salario, al no justificarse por parte del ex empleador las razones de su entrega.

Así las cosas, no siempre que se declare la incidencia salarial de un pago, fuerza imponer la sanción, pues son las particularidades de cada caso en concreto las que hacen brotar el tipo de conducta desplegado por el ex empleador y en esta oportunidad se revela que el demandante contaba con una buena remuneración básica, dejando en evidencia que su ex empleador concedió beneficios extralegales a fin de incentivar al trabajador, práctica que puede desestimarse ante imposiciones de sanciones moratorias por valores adeudados con poco monto y que requirieron la intervención judicial a efectos de obtener la declaratoria de incidencia salarial.

Por lo expuesto, se revocará la sanción moratoria impuesta en primera instancia.

Como tampoco fue objeto de apelación la condena referida a la solidaridad de CBI COLOMBIANA S.A, esta Sala no se referirá al respecto y como se mantiene las condenas sobre reliquidación de trabajo suplementario teniendo en cuenta la prima técnica, se confirmará la solidaridad declarada.

9. COSTAS

Sin costas en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso de apelación formulado por la parte demandada, de conformidad con el artículo 365 del CGP, de aplicación en materia laboral por remisión normativa del artículo 145 del CPTSS.

10. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente los ordinales tercero y sexto de la sentencia de fecha diez (10) de junio de 2017, emanada por el Juzgado Segundo Laboral de del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral de **JAIME BENAVIDES UPARELLA** contra **KENTZ CARIBBEAN SUCURSAL COLOMBIA, GMP INGENIEROS S.A.S, MECANICOS ASOCIADOS S.A.S Y CBI COLOMBIANA S.A.**, en su lugar se dispone: **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones de ineficacia de cláusulas contractuales de bonificación HSE y

cumplimiento, Incentivo HSE e Incentivo de progreso, así como la declaratoria de incidencia salarial de éstos incentivos para liquidar el trabajo suplementario, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia en el sentido de CONDENAR a las demandadas integrantes del CONSORCIO KGM al pago de \$260.896, por concepto de diferencias en la liquidación de trabajo suplementario teniendo en cuenta la incidencia salarial de prima técnica, de conformidad con las anotaciones antes señaladas.

TERCERO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia, en su lugar se dispone: ABSOLVER a las demandadas del reconocimiento y pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

SEXTO: Devolver en su oportunidad el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

NOTÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado Ponente

JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada
(Aclaración de Voto)

MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada
(Ausencia Justificada)

Firmado Por:

Francisco Alberto Gonzalez Medina
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Civil Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Johnnessy Del Carmen Lara Manjarres
Magistrado
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Firma Con Aclaración De Voto

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:

**e5c75ffa4a4a1e392d1f031113d1a09a4939cef07fdb9977456fd76941630
1af**

Documento generado en 10/11/2021 03:14:39 PM

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