

**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: LUIS VALLEJO VALENCIA
DEMANDADO: C.B.I. COLOMBIANA S.A.
RADICACION: 13001310500620160003601
ASUNTO: Apelación de sentencia parte demandanda

TEMA: Bono de asistencia

Cartagena De Indias D.T. y C, dieciocho (18) 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 el siguiente **AUTO** y seguidamente **SENTENCIA**, ambos de manera escrita:

AUTO

SOLICITUD PROBATORIA: Advierte la Sala que, en esta segunda instancia, mediante memorial que antecede, la entonces apoderada judicial de la parte demandada CBI COLOMBIANA S.A., solicitó el decreto oficioso de la Guía Técnica Colombiana GTC-250 sobre *“Buenas prácticas sociales para la exploración y explotación de hidrocarburos”*.

Pues bien, para la Sala dicho pedimento probatorio contraría la naturaleza contemplada por el legislador para el decreto de una prueba de oficio, recuérdese que esta debe ser por voluntad del Juez y en los eventos en que la considere indispensable para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, presupuestos que no se cumplen en el presente asunto¹. Tampoco reúne los requisitos que establece el artículo 83 del CPTSS para su procedencia, por cuanto no fueron pedidas ni decretadas en primera instancia, lo cual impone negar la práctica de dicha prueba.

¹ Artículo 54 del CPT y SS.

En mérito de lo expuesto se RESUELVE: PRIMERO: NO ACCEDER a la solicitud de prueba oficiosa deprecada por la apoderada de la parte demandada, conforme a las razones anteriormente señaladas.

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

El demandante presentó demanda ordinaria laboral contra CBI COLOMBIANA S.A, y REFICAR S.A en donde pidió se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con la demandada desde el día 11 de julio de 2012 hasta el día 28 de marzo de 2015, deprecó igualmente el pago de la indemnización por despido injusto, reliquidación de trabajo suplementario, recargos dominicales, festivos y nocturnos, vacaciones disfrutadas en tiempo, primas, intereses de cesantías, aportes a pensión, teniendo en cuenta el bono de asistencia y el incentivo de productividad, sanción moratoria del artículo 65 del CST, indemnización plena de perjuicios, indexación monetaria de sumas a reconocer y costas del proceso. (fol. 2-3)

1.2. HECHOS DE LA DEMANDA

Como soporte de sus pretensiones, el demandante dijo en síntesis que fue vinculado a CBI, a través de contrato de trabajo de trabajo a término fijo desde el día 11 de julio de 2012 hasta el día 28 de marzo de 2015, desempeñado el cargo de Tubero A; señaló que, realizó varios otro sí con la demandada, de manera irregular, siendo terminado el mismo de forma unilateral sin justa causa. Expresó que, la remuneración de éste tenía un componente denominado, salario básico, más una bonificación de asistencia, y el incentivo de productividad el cual era variable. De acuerdo con lo anterior, expresó que la demanda no incluyó el mencionado bono e incentivo para la liquidación de las prestaciones sociales, trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo. Sobre la solidaridad con REFICA S.A, expresó que CBI COLOMBIANA S.A era contratista independiente de ésta, siendo solidaria del pago de salarios y prestaciones sociales. (Fls 1-2)

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CBI COLOMBIANA S.A: El escrito de contestación fue aceptado mediante auto de fecha 12 de abril de 2018 (fol. 271). No se opuso a la declaratoria de existencia del contrato de trabajo en los extremos aludidos y si oponerse a las demás pretensiones de la demanda, por cuanto el contrato terminó por expiración del plazo fijo pactado, luego de realizadas las tres prorrogas del mismo; además señaló que, al no ser retributiva del servicio la bonificación de asistencia y el incentivo de productividad no hay lugar a reliquidación alguna. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, pago buena fe, prescripción e innominada o genérica. (fls 107-132)

En la Audiencia Obligatoria de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento del proceso y Fijación del Litigio, llevada a cabo el día 20 de marzo de 2019, se aceptó el desistimiento formulado por la parte demandante frente a REFICAR S.A.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, al que le correspondió su conocimiento, puso fin a la primera instancia con sentencia de fecha veintitrés

(23) de mayo de 2019, por medio de la cual condenó a la demandada a la reliquidación de trabajo suplementario y horas extras, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, teniendo en cuenta el bono de asistencia; así mismo, accedió al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 64 del CST. Condenó al pago de los aportes pensionales al fondo de pensiones respectivo.

Fundó su decisión en que, con relación a la terminación del contrato, indicó que, el demandante fue contratado primeramente por obra o labor determinada, sin embargo, se modificó a un contrato a término fijo, el cual culminó por expiración del plazo fijo pactado. En cuanto a la incidencia salarial de la bonificación de asistencia, expresó que, no se cumplían los condicionamientos establecidos en dicho contrato de trabajo, dado que la bonificación se pagaba sobre la cantidad de días efectivamente trabajados, por lo que, se canceló como contraprestación directa de los servicios prestados. En ese sentido, estimó que era un pago correspondiente al salario ordinario y pagadero todos los meses durante la relación laboral. En cuanto al incentivo de productividad, consideró que era un pago indirecto del servicio, no directo por lo que no era constitutivo de salario. Con relación a la indemnización moratoria, indicó que, era procedente por cuanto se tuvieron como salario para unos emolumentos y para otros no, por lo que, ello constituía un acto de mala fe. Además, que el pago del bono de asistencia no atendió a los condicionamientos del pacto.

3. RECURSOS DE APELACIÓN

CBI COLOMBIANA S.A interpuso recurso de apelación, al considerar que, el juez de primera instancia consideró que el bono de asistencia si era constitutivo de salario, teniendo en cuenta los volantes de pago, no obstante, expresó que, el mencionado bono no era contraprestación directa del servicio, siendo carga del demandante probar esto. Indicó que el pacto de exclusión relacionado en el contrato de trabajo era permitido. Con relación a la indemnización moratoria, expresó que, CBI COLOMBIANA pagó todos los salarios y prestaciones sociales en tiempo y en buena fe, por ende, tal condena no era procedente. Expresó que la bonificación si cumplía las condiciones para su causación.

4. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial de la parte demandante hizo uso de sus alegaciones, en las que expuso que, la bonificación de asistencia era constitutiva de salario, pues se otorgaba como contraprestación directa de los servicios prestados. Señaló que conforme al criterio de la CSJ las partes no eran totalmente libres de pactar las exclusiones salariales de los pagos que retribuyeran directamente el servicio. Expuso que, la convención colectiva del año 2013 derogó el pacto de exclusión salarial contenido en el contrato de trabajo y que éste último, era una simulación para esconder lo que realmente era salario. Catalogó la conducta de la empleadora como de mala fe, situación que hacía procedente la condena a indemnización moratoria. Solicitó fuera condenada en costas a la parte 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

Los problemas jurídicos a resolver de acuerdo a las razones expuestas en el recurso de apelación, giran en torno a determinar (i) si hay lugar a declarar la incidencia salarial del bono de asistencia para re liquidar trabajo suplementario, recargos y vacaciones disfrutadas en tiempo, así como las prestaciones sociales. De ser positiva la respuesta anterior, se determinará (ii) si la entidad demandada actuó de mala fe que dé lugar al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.

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, de 5 de febrero de 1999, Rad. No. 11389, del 24 de agosto de 2000, Rad. No. 13985, del 7 de septiembre de 2010, Rad. No. 37970, 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, CSJ SL2586-2020, CSJ SL3772-2018, CSJ SL 572 de 2021

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 entre las partes a término fijo desde el día 11 de julio de 2012 hasta el día 28 de marzo de 2015 y su último cargo desempeñado fue el de Tubero A.

8.1. De la incidencia salarial de bonificación de asistencia para la liquidación de trabajo suplementario, recargos y vacaciones compensadas.

Pues bien, 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 ciertamente, 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, merece explicarse por esta Sala cual es el entendimiento y alcance de la citada disposición.

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

Con relación a 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.

Al revisar el expediente se observa que las partes pactaron en la cláusula cuarta del contrato de trabajo visible a folios 9-17 del expediente, que el demandante tendría como remuneración una asignación básica y 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 tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales – cesantías, intereses y primas de servicio, aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero. También se acordó que de llegar a causarse sería calculada y pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio.

Una vez señaladas las condiciones de causación y pago de la bonificación por asistencia, conforme a los presupuestos de verificación en la determinación de incidencia salarial de un pago realizado por el empleador, pasa a explicarse cada uno de ellos, de manera detallada, tal como se expone a continuación:

(i) Bonificación de asistencia como pago retributivo del servicio

Para la Sala como las condiciones de causación 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 de asistencia era retributiva del servicio, de donde brota su naturaleza salarial.

(ii) Habitualidad en el pago de bonificación de asistencia

Dado que dicho pago era de causación mensual, por así reconocerse en el instrumento que consagró la bonificación, se estima por esta Sala que se cumple a cabalidad con el presupuesto de habitualidad.

(iii) De la existencia y validez de la exclusión del bono de la base para liquidar acreencias

En el caso de marras, como ya se dijo, viene acreditado que la cláusula contractual excluyó el bono de asistencia de base de liquidación de ciertos estipendios, exclusión que a juicio de esta Corporación, tal como fue redactada no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, sino que se determinó que, el bono de asistencia 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, 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 sí 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.

Conclusión que, no riñe con la postura del Sala de Casación Laboral plasmada en la sentencia CSJ SL2018-2021. Debe aclararse que en dicha sentencia la Corte no casó la sentencia dada la técnica empleada en casación, sin embargo, ello no fue impedimento, para referirse a la bonificación de asistencia; explicó la Corte que el pacto de desalarización, *“huérfano de cualquiera otra consideración o prueba, no alcanza a demostrar con contundencia que un determinado pago no es retributivo del servicio”*, por ende, al advertirse por el tribunal con las pruebas de aquel proceso que era retributivo del servicio, era inminente su naturaleza salarial, explicación que se acompasa a las conclusiones 1 y 2 dadas en la parte general de este acápite.

Sin embargo, en el estudio abordado en este proceso, la exclusión aplicada por la demandada no recae sobre la naturaleza salarial del bono, sino que lo descarta de la base de liquidación de ciertos pagos, lo cual es acorde a la interpretación y alcance del artículo 128 del CST, reiterado en la citada sentencia, que *“pagos que son “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales”*, que resulta ser la hipótesis advertida en el caso bajo estudio.

El esfuerzo probatorio de la parte demandante se cimentó en el incumplimiento de las condiciones de causación de la bonificación, aspecto que tuvo en cuenta el A-quo para declarar su incidencia salarial, por lo que fuerza explicar que tal como fue pactada la cláusula de exclusión, existían dos momentos previos al pago de la bonificación. **El primero**, la causación, lo cual requería el cumplimiento de las condiciones de aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo y desempeño en HSE, conforme a la cláusula cuarta del contrato y **el segundo**, la liquidación del bono, el cual se calculaba una vez causada la bonificación, por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio, aspecto que se acompasa con lo estipulado en el pacto de exclusión.

En suma, al estar demostrado que el pago por bonificación por asistencia era retributivo del servicio, se daba de manera habitual, pero a pesar de su carácter retributivo, el instrumento que lo consagró (contrato de trabajo) no desconoció el carácter salarial del pago sino que lo excluyó de la base de liquidación del trabajo suplementario y las 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 el pacto resulta válido y vinculante para ambas partes, imponiéndose la revocatoria de la decisión apelada y de contera la Sala se abstiene de analizar los otros puntos de apelación hechos por el apoderado judicial de la demandada, en cuanto a la indemnización moratoria, buena fe y costas del proceso.

9. COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo del demandante, de conformidad con el artículo 365 del CGP, de aplicación en materia laboral por remisión normativa del artículo 145 del CPTSS. Se fijan una suma equivalente a 1 SMMLV en favor de la demandada CBI COLOMBIANA S.A para cada instancia.

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 los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y onceavo de la sentencia de fecha veintitrés (23) de mayo de 2019, emanada por el Juzgado Sexto Laboral de del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral de **LUIS EDUARDO VALLEJO VALENCIA** contra **CBI COLOMBIANA S.A**, y en se lugar se dispone: **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones de reliquidación de trabajo suplementario, prestaciones sociales, vacaciones disfrutadas en tiempo, y aportes pensionales, teniendo en cuenta el bono de asistencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en costas en ambas instancias a cargo del demandante, de conformidad con el artículo 365 del CGP, de aplicación en materia laboral por remisión normativa del artículo 145 del CPTSS. Se fijan una suma equivalente a 1 SMMLV en favor de la demandada CBI COLOMBIANA S.A, para cada una de las instancias.

CUARTO: 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 ISABEL MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada

Firmado Por:

Francisco Alberto Gonzalez Medina
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Civil Laboral

Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Margarita Isabel Marquez De Vivero
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 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:

**40d13f73f6d1407f8384d53c0443f7888bec0447b347341ac4c243b17ef0e
efe**

Documento generado en 18/11/2021 02:49:37 PM

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