

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Tipo de Proceso	ORDINARIO LABORAL
Radicado	13001-31-05-004-2016-00620-02
Demandante	RUBEN DARÍO VILLA YANCY
Demandado	CBI COLOMBIANA S.A., REFICAR S.A. y las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A.
Magistrado Ponente	CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS

En Cartagena a los nueve (9) días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno (2021), se constituye en audiencia pública la Sala Segunda de Decisión Laboral, presidida por el suscrito como Magistrado Ponente, para llevar a cabo la audiencia programada en auto anterior, dentro del proceso (Ordinario Laboral), instaurado por: **RUBEN DARÍO VILLA YANCY** contra **CBI COLOMBIANA S.A., REFICAR S.A. y las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A.** con radicación única **13001-31-05-004-2015-00186-01**, a efectos de resolver la apelación.

En armonía con lo anterior, el Decreto Legislativo 806 de 2020 artículo 15, determinó que la decisión de segunda instancia se dictará por escrito, una vez ejecutoriado el auto que avoca el respectivo recurso o el grado jurisdiccional de consulta, según fuere el caso y previo traslado a las partes para alegar de conclusión (también en forma escrita).

ALEGATOS: Esta etapa se surtió mediante auto del 1 de junio de 2021, notificada por estado No 91 del 2 de junio del 2021, el cual se encuentra debidamente ejecutoriado.

II. OBJETO

El objeto de esta sentencia es resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 21 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante la cual declaró la condición de salario ordinario a la bonificación de asistencia, declaró probada la excepción de buena fe frente a la indemnización moratoria, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación frente a la declaración de incidencia salarial del incentivo progreso, incentivo HSE convencional, prima técnica

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



convencional, bono de alimentación; declaró no probadas las restantes excepciones; condenó a CBI COLOMBIANA S.A. a pagar las diferencias salariales y prestaciones sociales; condenó a la demandada REFICAR S.A. solidariamente de las condenas impuestas; absolvió a las compañías LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A.; condenó en costas a las empresas CBI COLOMBIANA S.A. y REFICAR S.A., impuso agencias en derechos en la suma de 7.5% de las condenas; absolvió de las demás pretensiones.

III. CUESTIÓN PREVIA

Solicitud de Prueba de Oficio: Advierte la Sala que, en esta segunda instancia, que la parte demandada CBI COLOMBIANA S.A., solicitó que se decretara como prueba de oficio y se incorporara al proceso la Guía Técnica Colombiana GTC-250 sobre “Buenas prácticas sociales para la exploración y explotación de hidrocarburos”.

Para esta Colegiatura, dicho pedimento probatorio contraria la naturaleza contemplada por el legislador para el decreto de una prueba de oficio, pues recuérdese que esta debe nacer de la voluntad del Juez y solo cuando este la considere indispensable para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en el proceso, presupuestos que no se cumplen en el caso bajo examen.

Aunado a ello, se tiene que la solicitud, tampoco cumple con los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 83 del CPTYSS, debido a que dicha prueba no fue pedida ni decretada en primera instancia, por lo que se niega la práctica de la misma.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, RESUELVE: NO ACCEDER a la solicitud de prueba de oficio presentada por la apoderada de la parte demandada.

Renuncia de Poder: Mediante correo electrónico adiado 25 de noviembre de 2020 la sociedad VT SERVICIOS LEGALES S.A.S. presentó renuncia al poder que le fue conferido por CBI COLOMBIANA S.A., previa comunicación al liquidador de la referida sociedad.

la renuncia presentada se encuentra ajustada al contenido del artículo 76 del CGP, aplicable por vía de integración analógica contenida en el artículo 145 del CPTSS, por lo que resulta procedente.

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



Reconocimiento de Poder: El doctor ENRIQUE GÓMEZ MARTÍNEZ, en calidad de liquidador de la demandada CBI COLOMBIANA S.A. manifiesta otorgar poder a los abogados SEBASTIÁN JIMÉNEZ OROZCO, identificado con cédula de ciudadanía No.1.144.051.110 y tarjeta profesional No. 263.908 del C. S. de la J. y SARA URIBE GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.144.167.510 y tarjeta profesional No. 276.326 del C. S.J, a quienes se les reconoce personería para actuar conforme a las facultades conferidas, por ser procedente.

IV. ANTECEDENTES RELEVANTES:

Pretensiones: El demandante solicita en su escrito de demanda se declare la existencia de un contrato de trabajo; se declare que existe solidaridad entre las demandadas; se declare la ineficacia de la expresión “ no hace parte de la remuneración ordinaria”; que se declare que la prima técnica convencional, bono sodexo, incentivo HSE convencional, incentivo progreso tubería convencional, incentivo adicional convención colectiva (tubero) de origen convencional hacen parte de su salario ordinario; se declare que el bono de asistencia hace parte del salario ordinario; condenar a la empresa CBI COLOMBIANA S.A. y solidariamente a REFICAR S.A. a re liquidar y pagar las diferencias que resulten del trabajo suplementario; se condene a re liquidar y pagar las vacaciones, prestaciones sociales; se condene a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y el art. 99 de la Ley 50/90; costas y agencias en derecho.

Hechos: Fundó sus pretensiones en cuarenta y seis (46) hechos, siendo los más relevantes que, fue contratado por CBI COLOMBIANA S.A. para desempeñarse como almacenista; que el salario pactado fue un básico y la bonificación de asistencia; que la empresa mes a mes le cancelaba el bono de asistencia contenido en la cláusula cuarta del contrato de trabajo; que en el año 2013, la empresa CBI COLOMBIANA S.A. y la USO celebraron una convención colectiva; que a partir de la convención colectiva del 2013, empezaron a recibir un incentivo HSE convencional, incentivo progreso convencional, prima técnica convencional, incentivo progreso tubería convencional, bono de alimentación –sodexo; que los bonos e incentivos hacen parte de la remuneración ordinaria y como tal debieron ser tenidos en cuenta para calcular las obligaciones laborales, recargo por trabajo suplementario, prestaciones sociales y aportes a seguridad social; que realizó trabajo suplementario, consistente en horas extras diurnas y nocturnas, dominical y festivos; que la empresa ha actuado de mala fe; que entre CBI COLOMBIANA S.A. y REFICAR S.A. existe un contrato para el diseño y ejecución del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena; que fue contratado para realizar labores propias del proyecto.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



Contestación de la demanda

Mediante auto de fecha 5 de diciembre de 2016 (folio 149) se admitió la demanda y se ordenó correr traslado a la parte demandada, quien contestó la demanda, así:

- a. **REFICAR S.A.:** Visible a folio 259 al 271 del expediente. Manifiesta que no le constan los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones inexistencia de la obligación, prescripción y genérica. Así mismo llamó en garantía a las aseguradoras LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A.
- b. **CBI COLOMBIANA S.A.:** visible a folio 223 al 243 del expediente. Manifiesta que los hechos 1,3,7,16,17,18,27 son cierto. Que los hechos 4,5,8,9,10,12,19 al 26, 28 al 41, 43 al 46 no son cierto. Que los hechos 6, 42 no le consta. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de Buena fe, inexistencia de la obligación, prescripción pago y genérica.
- c. **LIBERTY SEGUROS S.A.:** Visible a folio 288 al 302 del expediente. Manifiesta que no le constan los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de inexistencia de solidaridad, improcedencia de incluir en la liquidación de recargos por trabajo suplementario, nocturno, vacaciones y otros el valor de la bonificación de asistencia, improcedencia de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, prescripción y genérica.
- d. **CONFIANZA S.A.:** visible a folio 325 al 340 del expediente. Manifiesta que no le constan los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda y en su defensa propuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de REFICAR S.A; ausencia de cobertura de cualquier otra indemnización diferente a la del despido injusto sin justa causa, ausencia de cobertura de prestaciones laborales de tipo extralegal, coaseguro y genérica.

V.DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha 21 de noviembre de 2018, mediante la cual declaró la condición de salario ordinario a la bonificación de asistencia, declaró probada la excepción de buena fe frente a la indemnización moratoria, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación frente a la declaración de incidencia salarial del incentivo progreso, incentivo HSE convencional, prima técnica convencional, bono de alimentación; declaró no probadas las restantes excepciones; condenó a CBI COLOMBIANA S.A. a pagar

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



las diferencias salariales y prestaciones sociales; condenó a la demandada REFICAR S.A. solidariamente a responder solidariamente por las condenas impuestas; absolvió a las compañías LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A.; condenó en costas a las empresas CBI COLOMBIANA S.A. y REFICAR S.A., impuso agencias en derechos en la suma de 7.5% de las condenas; absolvió de las demás pretensiones.

ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA: Sostuvo que, en el presente asunto se encuentra superado el tema de la congruencia, pues la senda por donde ha de transitar la sentencia se encuentra establecida por las partes, por un lado, desde lo manifestado en los hechos de la demanda y por el otro con lo manifestado en la contestación de demanda. En cuanto a las normas convencionales indicó que no existe impedimento para su estudio, pues la Corte Suprema ha sostenido que cuando un clausulado afecta derechos mínimos del trabajador es posible su estudio a través del proceso ordinario laboral. Fundamentó su decisión en los artículos 23, 127 y 128 del CST. Recordó que salario es la remuneración por la prestación directa del servicio, que no es gratuito y enriquece el patrimonio del trabajador. En cuanto a la bonificación de asistencia, sostuvo que la misma se encuentra condicionada por dos factores y que ambos guardan relación con la fuerza de trabajo del demandante, uno es el aporte del trabajador y lo que aporta el trabajador es su fuerza de trabajo. Que, en la convención colectiva se mantuvieron las condiciones, solo se afectó fue los porcentajes, concluyendo que este pago es retributivo del servicio y por lo tanto salarial y debe tenerse en cuenta para el pago de la jornada suplementaria, porque además se encontró probado que la misma se pagaba por unidad de tiempo y deberá tenerse como salario ordinario. Frente a los otros pagos como el incentivo HSE convencional, prima técnica convencional, indicó que en principio estos pagos tienen incidencia salarial; sin embargo, sobre todos ellos se pactó que no tendrían incidencia salarial y ese acuerdo se ajusta a lo establecido en el artículo 128 del CST., que permite que algunos pagos a pesar de tener naturaleza salarial puedan excluirse de la base para liquidar prestaciones sociales e indemnizaciones. Que el pacto plasmado y elevado a convención colectiva es viable. Por otro lado, encontró varias razones para no acceder a la indemnización moratoria, pues ésta no opera de forma automática y la demandada actuó de manera cumplida y no fue una conducta unilateral de la demandada, además se hizo necesario todo un proceso argumentativo en este proceso para determinar la naturaleza salarial de la bonificación de asistencia. Encontró acreditados los requisitos del artículo 34 del CST y por lo tanto, señaló que REFICAR S.A. debe responder solidariamente de las condenas impuestas. Por ultimo absolvió a las llamadas en garantía al encontrar que el pago que se reclama es un pago extralegal el cual no se encuentra amparado en la póliza allegada al plenario.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



VI. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

Adujo que no debió declararse la buena fe, porque si bien existió consensualidad, y que el contrato de trabajo en teoría era un contrato consensual, en realidad es un contrato de adhesión, que debe tenerse en cuenta lo dicho por el demandante en el sentido que el contrato se lo dieron con posterioridad y no entendió que era y significaba que tales pagos no tendrían incidencia salarial, tampoco comprendió la renuncia; que a pesar que la ex empleadora insiste en que lo pactado en el contrato fue un acuerdo, se hace necesario que se revise las cláusulas, pues ellas violan las normas del CST. Agrega que no es buena fe que a sabiendas que a todos se le debe aplicar un mismo salario, se hubiera desaralizado el pago de la bonificación de asistencia, por lo que tal actuar no constituye buena fe; pues no se está frente a una empresa nueva sin asesoramiento, es una empresa de petróleo, que sabe que debe asumir los pagos de salarios altos, por ende, no puede justificarse con que otra empresa le obligó a hacerlo; que para determinar si un pago es salario debía tenerse en cuenta solo los elementos que ha establecido la ley; la buena fe es obrar con rectitud, con lealtad, actúa de mala fe quien no actúa con rectitud; por lo que estima que la demandada debió probar una creencia fundada de no deber nada al demandante. En cuanto a los pagos a los que se le negó la incidencia salarial, se remitió a lo contenido en los artículos 127 y 128 del CST y al principio de la realidad sobre las formas, e indicó que no puede aceptarse que como existe un acuerdo, esos pagos no son salarios, ya que esas cláusulas burlan derechos, tales pagos eran contraprestación del servicio. Que la USO inició esas huelgas para obtener mejoras, pero dichos pagos se daban como contraprestación directa del trabajo del actor, pues eran pagos periódicos, tan es así que no hubo un solo mes en el que no recibiera la prima técnica, el bono de progreso, todos los bonos eran pagados en proporción a los días laborados, además enriquecían el patrimonio del trabajador, y se causaban por el mero hecho de desempeñar sus funciones. Se pagaban por el número de días trabajados, incluso la prima. Para el pago de las horas extras debió incluirse tanto el salario fijo como el salario variable, por lo que debe analizarse si los bonos o incentivos convencionales, incentivos progreso, bono de alimentación son salario. También reclama condena por concepto de indemnización por la no consignación de las cesantías prevista en el numeral 3 del art. 99 de la Ley 50/90.

CBI COLOMBIANA S.A.

Por su parte la vocera judicial de la demandada señaló que, la sentencia no corresponde a la pedido en la demanda, ya que existe una ausencia de una narración fáctica, en la demanda solo se dijo que no se incluyó para la liquidación de horas extras, pero nada dijo sobre el valor aproximado de lo que no se incluyó,

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



que su representada debió tener claro la queja de lo que no se incluyó y no partir de una mera afirmación, debió indicar cuantas horas extras se dejó de pagar, o que factores no se incluyeron y no indicó el actor tampoco las sumas que esperaba le fueran reconocidas. A su juicio, no se precisan los montos por los cuales debía responder su representada. En cuanto a la declaratoria de incidencia salarial, señaló que el a quo no hizo un análisis de la cláusula del contrato versus el artículo 128 del CST, pues existía un pacto de exclusión; por lo que en consonancia con el alcance del referido pacto de exclusión, debe tenerse presente de conformidad con la parte final del artículo 128 del CS que la misma Corte ha indicado que ese inciso es una excepción de la regla general de salario; que al contrastarla con las cláusulas cuarta y quinta y la política salarial de Reficar S.A, se nota que el pacto es claro, expreso, entonces al ser una excepción es posible su pacto. Agregó que el artículo permite pactar reglas de juego sobre lo que es salario, aceptar la posición del despacho, es aceptar que, aunque haya pactos de exclusión, todo sería salario y ello desnaturaliza el mencionado artículo. Adicionalmente Indicó que, si bien el despacho consideró la bonificación como inherente a la fuerza de trabajo del actor, por los condicionamientos de dicha bonificación, no comparte tal conclusión, pues se aleja del material probatorio allegado; el error se genera porque no era una prestación directa del servicio, pues se causaba por el desempeño al cronograma de trabajo, es decir, se trataba de una circunstancia que tenía que ver con la puntualidad y el segundo tenía que ver con la seguridad en el trabajo y desempeño HSE, por lo tanto, no tenía que ver con la prestación del servicio, ni con la fuerza de trabajo, si no la observancia de las normas HSE y la puntualidad. Insiste que el a quo incurrió en un error conceptual al considerar dicho pago como salario ordinario y variable, ya que no es cierto que se pagaba por días laborados; el único salario ordinario es el básico pactado en el contrato de trabajo.

REFICAR S.A.

Cuestiona la apelante la exclusión de las llamadas en garantía, pues adujo que las mismas deben responder por las condenas impuestas a REFICAR S.A. de manera solidaria, pues evidentemente la remuneración de la bonificación de asistencia que se pactó de manera extralegal de acuerdo con el pronunciamiento del a quo a partir de la sentencia se activan los amparos contemplados en las pólizas al declararse como salarial.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



**VII.FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR
LA TESIS DE LA SALA**

- Artículos 65,127,128 del CST

Subreglas:

- Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia Rand No. 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 -2018 radicación 53394, del 11 de abril de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación No. 48351 del 17 de agosto de 2016. M.P. Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 711 DE 2021. M.P. Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA.
- **Consonancia:** Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia Rand No. 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- Salario. Corte Suprema de Justicia. SL SL5159-2018. MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- Salario. Corte Suprema de Justicia. SL 4096 de 2019. MP DONAL JOSE DIX.

VI.PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los recursos de apelación la controversia en el sub lite circunscribe en determinar: i) si la bonificación de asistencia, incentivo progreso convencional, incentivo progreso tubería convencional, prima técnica convencional tienen o no carácter salarial; ii) en caso afirmativo establecer si hay lugar a las reliquidaciones pretendidas y al pago de las indemnizaciones moratorias deprecadas y iii) determinar si las llamadas en garantía deben responder por las condenas impuestas a REFICAR S.A. de manera solidaria.

VII. ARGUMENTOS PARA RESOLVER

La controversia en esta instancia se decidirá de acuerdo a los puntos materia de apelación.

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



Se encuentra probado en el sub lite que, entre el demandante **RUBEN DARIÓ VILLA** y **CBI COLOMBIANA S.A.**, existió un contrato de trabajo de obra u labor; que posteriormente se modificó por un contrato a término fijo inferior a un año, desde el 21 de enero de 2013 a 29 de noviembre de 2014, siendo el último cargo desempeñado ayudante de tubero. (folio 29 al 42).

INCIDENCIA SALARIAL DE LA BONIFICACIÓN DE ASISTENCIA

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. El salario es la contra prestación patrimonial que recibe el trabajador por el trabajo subordinado. Por su parte, el artículo 128 ibídem, establece: *“No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los 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 en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”*

Las partes tienen la posibilidad de acordar libremente que conceptos, beneficios, bonificaciones u auxilios, habituales u ocasionales, pueden o no constituir salario. Sin embargo, la Corte Suprema ha marcado los lineamientos para que los Jueces pueden llegar a determinar si efectivamente un factor es salario SL SL5159-2018. MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: *“Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada”.*

Así las cosas, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, o que no es salario por decisión de las partes; si no que debe analizarse en cada caso en particular; pues la misma Corte Suprema ha indicado que, incluso aquellos que generalmente no se

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



consideran salario, como alimentación, prima de navidad, entre otros, de no haber pactado un acuerdo sobre que no son salario podría plantearse su discusión, así dijo la corte: *“Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión.* (SL5159-2018. MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

Por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Hecha la anterior precisión, evidencia la Sala que, las partes pactaron en la cláusula cuarta del contrato de trabajo que el trabajador tendría derecho como remuneración, una asignación fija o salario básico 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). Así mismo quedo consignado en dicha cláusula, que esta bonificación 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.

Ahora bien, para que un emolumento tenga incidencia salarial, debe verificarse el cumplimiento de ciertos presupuestos, así:

i. Bonificación de asistencia como pago retributivo del servicio

Para la Sala, al establecerse en la cláusula cuarta que, al causarse la bonificación de asistencia, conforme a las condiciones allí pactadas, sería ***“pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio”***, la demandada

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



reconoce el carácter retributivo del servicio de dicho pago. Adicionalmente, las condiciones de causación a que hace referencia el canon contractual estaban ligadas a la asistencia y el cumplimiento del trabajo del actor, pues está demostrado que su causación requería el despliegue de la fuerza de trabajo del actor, 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*

Al revisar los distintos volantes de pago aportados, se evidencia que el demandante recibió pagos por bonificación de asistencia, cumpliéndose a cabalidad con el presupuesto de habitualidad.

iii. *De la existencia y validez del pacto de exclusión*

En el presente asunto, viene acreditada la existencia de un pacto de exclusión celebrado entre las partes, el cual, a juicio de esta Corporación, no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, dado que el convenio suscrito consistió en acordar que, el bono de asistencia HSE 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).

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 ser retributivo del servicio, el pacto 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 dicho pacto resultaba válido y vinculante para ambas partes.

Descendiendo al caso en concreto, se tiene que el demandante recibió mensualmente un pago por bonificación de asistencia, en una suma variable, tal como se aprecia a folios 47 al 54 del expediente; que el acuerdo nunca desconoció la naturaleza salarial del bono, sino que restó su incidencia para liquidar otros pagos, válido bajo la interpretación y alcance del artículo 128 del CST, que dicho sea de paso, lo hicieron frente a los conceptos de menor incidencia, recuérdese que la bonificación si era tenida en cuenta para el cálculo de prestaciones sociales

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



(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.

A la anterior conclusión se llega luego de un nuevo análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral la cual avala que las partes de una relación de trabajo, pueden en virtud del principio de autonomía de la voluntad acordar que un determinado rubro no será tenido como factor salarial para efectos de liquidación de algunas acreencias laborales, sin que ello implique un menoscabo a los derechos de los trabajadores. Adicionalmente, en sede de tutela, la Corte al analizar un caso proveniente de este Tribunal, concluyó que esta interpretación no resultaba “**descabellada**”, pues la misma se había edificado sobre el material probatorio aportado, las normas sustanciales que regulan el asunto y la jurisprudencia asentada por esa Sala de Casación y la Corte Constitucional sobre la interpretación del artículo 128 del CST que condujo al Tribunal a concluir que el pacto de exclusión salarial del bono de asistencia celebrado entre las partes en conflicto era válido, pues con él no se pretendió quitar el carácter de salario a un pago que por esencia tenía esa naturaleza, sino excluir el mismo de la base para liquidar trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo” tal como anotó en sentencia STL11582-2020. (Negritas fuera de texto).

De este modo el suscrito ponente rectifica su anterior posición, en el sentido que, si es ajustado a derecho que las partes puedan restarle incidencia salarial a un determinado rubro para liquidar ciertas acreencias, y así quedó plasmado en las sentencias proferidas como Magistrado Ponente el día 4 de junio de 2021, dentro de los procesos ordinarios seguidos por **ALDEMAR VARGAS SABALZA** contra **MAASY ENERGY COLOMBIA S.A.S. REFCAR SA Y CONFIANZA** radicación única **13001-31-05-002-2015-00696-01** y **WILLIAN RODRIGUEZ YANEZ** contra **CBI COLOMBIANA S.A.** radicación única **13001-31-05-004-2016-00529-01**.

En consecuencia, no hay lugar a la reliquidación pretendida, en lo que atañe a la naturaleza salarial del bono de asistencia para la liquidación de horas extras, festivos, por lo tanto, se revocará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

DE LA INCIDENCIA SALARIAL DEL INCENTIVO HSE CONVENCIONAL, INCENTIVO DE PROGRESO CONVENCIONAL, INCENTIVO PROGRESO TUBERÍA CONVENCIONAL Y PRIMA TÉCNICA CONVENCIONAL

El recurrente manifiesta que deben revocarse la sentencia frente a estos conceptos, pues los mismos fueron pactado en la convención colectiva sin incidencia salarial.

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



Se tiene que en la cláusula 12 de la Convención Colectiva suscrita entre la Unión Sindical Obrera “USO” Subdirectiva Seccional Cartagena y la empresa CBI COLOMBIANA S.A, aportada al plenario, visible a folios 69 al 76, se estableció que: “los salarios y bonificaciones del personal beneficiario, se aplicarán de acuerdo a como se describe en el **Anexo No. 1** denominado *Tabla de Salarios y Bonificaciones*”. (negrillas fuera del texto)

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

Ello encuentra respaldo en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, en sentencia de 5 de febrero de 1999, Rad. No. 11389, señaló que:

"De otra parte, debe tenerse en cuenta que uno de los objetivos del derecho constitucional a la negociación colectiva, cuya principal expresión indudablemente la constituye la convención colectiva de trabajo, como convenio normativo de las condiciones generales de trabajo en la empresa, es el de que los patronos y los trabajadores, representados por el sindicato, de manera autónoma acuerden los mecanismos para mejorar esas condiciones de prestación de los servicios subordinados mediante la creación de prestaciones y beneficios que superen el mínimo de garantías y derechos establecidos por la ley, por ser superiores a los que ésta consagra o por no estar previstos en las normas laborales. Si ello es así, nada impide que dentro de la libertad contractual que caracteriza al convenio colectivo de trabajo las partes acuerden, en la medida que no afecten el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores por las leyes laborales, la naturaleza y los efectos que para las relaciones individuales de trabajo tendrán los beneficios y prestaciones que hayan sido instituidos como resultado del proceso de negociación.

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

(...)

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

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL



En sentencias posteriores del 24 de agosto de 2000, Rad. No. 13985 y del 7 de septiembre de 2010, Rad. No. 37970, la Corte reiteró el citado criterio y añadió:

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

(...)

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

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

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

En este orden de ideas, se tiene que el pacto de exclusión contenido en la convención colectiva celebrada entre la USO y CBI COLOMBIANA S.A., es válido, pues fue producto de la negociación colectiva, y de acuerdo con ello, solo podría ser cuestionada su validez a través de la denuncia de la misma, y no a través del proceso ordinario.

Por lo anterior, dada la naturaleza de los incentivos ya referenciados y la validez del pacto de exclusión convencional, no es posible declarar su incidencia salarial, imponiéndose la revocar la sentencia de primera instancia al respecto.

En este mismo sentido quedó plasmado en la sentencia proferida como Magistrado Ponente el día 13 de agosto de 2021 en el proceso ordinario seguido por HUMBERTO AGUILAR GAVIRIA contra CBI COLOMBIANA S.A., REFICAR S.A., y las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A. radicación única 13001-31-05-004-2016-00384-01.

Como quiera que no resultaron condenas a favor del demandante por salarios o prestaciones sociales, se releva la Sala del estudio de la indemnización moratoria y la obligación de las llamadas en garantía de responder por las condenas impuestas a REFICAR S.A. de manera solidaria.

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



DE LA INCIDENCIA SALARIAL DEL BONO DE ALIMENTACION

Este bono de alimentación se encuentra consagrado en la convención colectiva de trabajo del 23 de septiembre de 2013, así:

Artículo 5. La empresa reconocerá mensualmente por alimentación la suma de **Doscientos Mil pesos (\$200.000)** la cual será cancelada a través de bonos de alimentación. Este beneficio no sustituirá la alimentación que la empresa viene suministrando al trabajador y no tendrá efecto salarial.

Este auxilio era para compensar los gastos por este concepto, no se daba como contraprestación directa del servicio y no puede dársele incidencia salarial. Así las cosas, se confirma la sentencia apelada.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Atendiendo que, en esta instancia, se revocaron las condenas impuestas en favor del actor, corresponde a éste asumir las costas de primera instancia, por ello se fijaran las agencias en derecho en su contra y en cuantía de $\frac{1}{2}$ SMLMV, ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, en concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

VIII. COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia. Se autoriza a la secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

IX. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, tercero, cuarto, y sexto de la sentencia apelada de fecha 21 de noviembre de 2018 proferida por el

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**



Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena en este proceso Ordinario laboral de **RUBEN DARÍO VILLA YANCY** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**, **REFICAR S.A.** y las llamadas en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.** y **CONFIANZA S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **ABSOLVER** a la empresa **CBI COLOMBIANA S.A** y **REFICAR S.A** de todas las condenas impuestas.

SEGUNDO: COSTAS en primera instancia a cargo del demandante, se fija agencias en derecho en la suma de $\frac{1}{2}$ SMLMV.

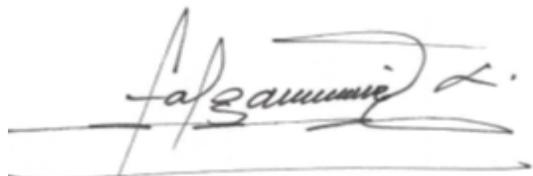
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Se autoriza a la secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado Sala Laboral

CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado Ponente



FRANCISCO ALBERTO GONZALEZ MEDINA
Magistrado


JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRES
Magistrada
Aclaración de voto