

**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: ARIEL LOZANO MEDINA

DEMANDADO: C.B.I. COLOMBIANA S.A. Y REFICAR S.A.

RADICACION: 13001-31-05-003-2016-00318-02

ASUNTO: Apelación de sentencia parte demandante

TEMA: Bono de asistencia

Cartagena De Indias D.T. y C, treinta y uno (31) de enero del año dos mil veintidós (2022)

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, con ausencia justificada y MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO, se integraron a fin de debatir y proferir el siguiente AUTO y **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.

En mérito de lo expuesto se RESUELVE: CUESTIÓN ÚNICA: 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

ARIEL LOZANO MEDINA, presentó demanda ordinaria laboral, admitida mediante auto adiado 18 de abril de 2017 (fol. 54), en donde solicitó se declare la existencia de un contrato de trabajo por obra y labor con CBI COLOMBIANA S.A., desde el 07 de febrero de 2013, posteriormente a un contrato a término fijo que finalizó el 20 de octubre de 2014. Solicitó se declare la bonificación por asistencia, bono sodexho, incentivo progreso, prima técnica convencional, incentivo hora adicional, auxilio de movilidad convencional como factor salarial y como consecuencia se condene a CBI y solidariamente a REFICAR S.A., al pago de la diferencia de trabajo suplementario, dominical, festivo, vacaciones disfrutadas, prestaciones, y aportes a la seguridad social. Al pago de la indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990, sanción del artículo 65 del CST, nivelación salarial, indemnización por despido injusto, indexación y costas del proceso.

1.2. HECHOS DE LA DEMANDA

Como soporte de sus pretensiones, el demandante dijo en síntesis que fue vinculado a CBI COLOMBIANA S.A., a través de contrato de obra y labor, modificado a término fijo, desde el 7 de febrero de 2013, hasta el 20 de octubre de 2014, como ayudante de equipos e izaje, pero siempre ejerció el cargo de aparejador. Indicó que desde el inició de la relación laboral recibía un salario básico, una bonificación de asistencia, incentivo HSE, bono sodexho, incentivo progreso, prima técnica convencional, que no se le cancelaban las horas extras, sino que se remuneraba bajo la denominación incentivo hora adicional y que el empleador realizaba el pago de los aportes a pensión, prestaciones sociales y vacaciones compensadas en dinero teniendo en cuenta salario básico y la bonificación de asistencia.

Manifestó que fue objeto de tratos discriminatorios al no cancelarle el auxilio de movilidad, que si era retribuido a trabajadores provenientes de ciudades distintas de Cartagena. Por último, indicó que la REFINERÍA DE CARTAGENA S.A, y ECOPETROL S.A., eran solidariamente responsables, por ser beneficiarias de los servicios prestados por él.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CBI COLOMBIANA S.A: El escrito de contestación fue aceptado mediante auto de fecha 9 febrero de 2018 (fol.183). Frente a las pretensiones se opuso a estas, indicando que el actor empezó en el cargo de ayudantes de equipos de izajes y al finalizar la relación el cargo de aparejador B. Que la demandada no adeuda

obligación alguna frente al actor, dado que las horas extras y demás emolumentos fueron debidamente cancelados. Aceptó la relación, sus extremos, y la modificación de la duración del contrato. Por último, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, pago, prescripción, buena e innominada o genérica.

REFICAR S.A.: El escrito de contestación fue aceptado mediante auto de 9 de febrero de 2018 (fl.183) Se opuso a la totalidad de las pretensiones manifestando que no existió vínculo alguno con el aquí demandante. Frente a los hechos dijo no constarles por tratarse de situaciones fácticas ajenas a ella. Dijo no existir solidaridad entre las codemandadas. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de las obligaciones, prescripción e innominada o genérica. Llamó en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A. y SEGUROS CONFIANZA S.A.

LIBERTY SEGUROS S.A.: El escrito de contestación de demanda fue aceptado mediante auto de fecha 14 de enero de 2019 (fl.250). Se opuso a la totalidad de las pretensiones indicando que son circunstancias ajenas a la entidad de seguros y que los beneficios solicitados se encontraban sujetos a ciertas condiciones. En relación a los hechos dijo no constarles por tratarse de situaciones ajenas a la aseguradora. Propuso las excepciones de inexistencia de solidaridad, improcedencia de la sanción moratoria del 65 CST, improcedencia de la sanción por despido injusto, prescripción e innominada o genérica.

Respecto al llamamiento en garantía dijo que la póliza solo debe tenerse en cuenta para amparar el pago de perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por CBI COLOMBIANA S.A. Propuso las excepciones de falta de cumplimiento para afectar la póliza, improcedencia del pago del siniestro por parte de LIBERTY SEGUROS, improcedencia al pago de sanción moratoria a cargo de la aseguradora, límite del porcentaje del riesgo a cargo de LIBERTY SEGUROS S.A., entre otras.

SEGUROS CONFIANZA S.A.: El escrito de contestación de demanda fue aceptado mediante auto de fecha 14 de enero de 2019 (fl.250). En relación a los hechos dijo no constarles por tratarse de una relación laboral de la que la aseguradora no hizo parte. Respecto a las pretensiones se opuso ya que la póliza otorgó un amparo denominado cumplimiento y otro denominado pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, ese último se contrae únicamente a la consagrada en el artículo 64 del CST. Propuso las excepciones de mérito de no cobertura del seguro de prestaciones extralegales o convencionales, coaseguro, no cobertura de vacaciones, máximo valor asegurado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, al que le correspondió su conocimiento, puso fin a la primera instancia con sentencia de fecha diecisiete (17) de junio de 2019, por medio de la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo entre CBI COLOMBIANA S.A., con ARIEL LOZANO MEDINA

que inició el 7 de febrero de 2013, absolvió a todas las demandadas y llamadas en garantía de las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Fundó su decisión, respecto a la nivelación salarial en el cargo de aparejador B, en que quedó demostrado de acuerdo a los folios 309 y 312 del plenario, que el demandante solicitó a su empleador dicha nivelación y el comprobante de pago donde CBI efectuó el pago de la misma, lo cual concuerda con lo manifestado por el actor en su interrogatorio de parte. Concluyó que no había lugar al reconocimiento de la indemnización por despido injusto, en vista que estaba acreditado que el contrato fue modificado en su duración, pasando de obra determinada a término fijo, preavisándose por parte de la demandada con la suficiente antelación, luego, la finalización atendió a la expiración del plazo fijo pactado.

Con relación al auxilio de movilización y de alojamiento sustentó que no existió discriminación alguna frente al demandante, ya que dicho beneficio era cancelado a trabajadores que vivían por fuera de la ciudad de Cartagena, condición que no cumplió el accionante. Frente a los pagos de los cuales pretende reliquidaciones manifestó que el bono de asistencia no era retributivo del servicio y existía un pacto de exclusión válido a la luz del ordenamiento jurídico; el incentivo progreso estaba condicionado al avance global del proyecto, por tanto, no era una contraprestación directa del servicio; la prima técnica era causada sin necesidad de prestar el servicio solo por ser beneficiario de la política de Reficar; Se evidenció que el demandante percibía tanto el pago de sus horas extras como el incentivo hora adicional convencional. Bono sodexho e incentivo HSE convencional, no son contraprestación directa del servicio y existía pacto de exclusión válido. Incentivo progreso convencional era de causación grupal por ende no retributivo del servicio.

Respecto a la reliquidación de prestaciones sociales, aportes a la seguridad social, sanción del artículo 64 del CST y la del artículo 99 de la ley 50 de 1990, arguyó que no había lugar a estas ya que no se estaba condenando suma alguna frente a las entidades demandadas. Así como tampoco existió mala fe por parte de las entidades. Por otro lado, en cuanto a la bonificación de exposición al calor y contaminación, el demandante no tenía ni idea en qué consistía, ni como se pagaba, tampoco dijo nada en los hechos de la demanda.

3. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando su inconformidad con la decisión en vista que el juez había vulnerado el debido proceso, en vista que actuó durante el debate probatorio de manera imparcial al interrogar en favor de la tesis absolutoria que viene manejando en otros procesos contra la misma demandada.

Frente a las pretensiones negadas cuestionó: (i) no estar probado que el bono de asistencia correspondiera al bono de HSE y cumplimiento y al no tener

justificación alguna del bono de asistencia tenía que declararse su incidencia salarial al ser retributivo del servicio; de forma subsidiaria a este argumento indicó que de considerar que se trata del mismo pago, los condicionamientos de causación no se cumplen, por el contrario, se pagaba en proporción al tiempo de servicio. (ii) la prima técnica convencional era salario pues la justificación para realizar dicho pago era ser beneficiario de la convención. (iii) la testigo Tatiana Toro aportó documento que comprobaba el pago de la nivelación salarial, pero en dicho documento se evidenciaba que no pagaron diferencias por bono de asistencia ni horas extras, luego el juez en uso de sus facultades ultra y extra petita debió garantizar los derechos del trabajador, ya que al momento de la presentación de la demanda desconocían tal documento. (iv) la mala fe del demandado está probada ante su conducta defraudatoria de inclusión del bono para el pago de la planilla PILA, cumpliendo frente a las autoridades, pero desconociendo el derecho del trabajador al excluirlo del pago de horas extras, que teniendo en cuenta la envergadura del proyecto y la cantidad de trabajadores que ello requería, sí constituía un beneficio económico para CBI; en ultimas, estima la mala fe de la demandada por no pagar la nivelación salarial frente al bono de asistencia y horas extras, probadas con el documento incorporado durante la audiencia.

4. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

PARTE DEMANDANTE; La parte demandante presentó alegaciones de instancia en las que manifestó que como tesis principal que la bonificación de asistencia y el incentivo HSE cumplimiento no se trataban del mismo beneficio, con el solo dicho de la entidad demandada no se puede tener por demostrado, por lo que era esta quien debía demostrar que no se trataba del mismo pago, sin haberse demostrado documental ni testimonialmente tal afirmación. Como tesis subsidiaria dijo que en caso de tener la bonificación de asistencia y el incentivo HSE como un mismo pago, que los condicionamientos para la causación de dicho beneficio no son más que la contraprestación directa del servicio.

Así mismo arguyó que dicha bonificación estaba ligada directamente a la prestación del servicio ya que se cancelaba de acuerdo a los días laborados y no se evidenciaba una inasistencia eso afectaba el monto del beneficio. Por tal razón, cuando se devengan dichos salarios es posible tomarlo para la liquidación de trabajo suplementario, dominical y festivo. Frente a la prima técnica dijo que no se necesitaba cumplimiento de requisitos para su causación, solo se requería ser trabajador destinatario de la política salarial de REFICAR.

Por último, respecto a la mala fe de la entidad demandada, dijo que esta se escudaba en el hecho de aplicar una política salarial de REFICAR, obteniendo con tal situación un provecho económico de magnitudes millonarias mes a mes. Así mismo actuó de mala fe dicha empresa al no tomar como factor salarial que el mismo determino con tal incidencia, para la liquidación de trabajo suplementario, dominical, festivo y vacaciones disfrutadas, entonces si eran tenidas en cuenta para la liquidación de unos conceptos, porque para la liquidación de otros no.

REFICAR S.A.: Indicó en sus alegaciones respecto a la bonificación de asistencia dijo que esta se trataba de una obligación del empleador condicionada a la verificación de unos requisitos, que son ajenos al actuar y a la voluntad del trabajador, como de la prestación del servicio. Seguido a eso indicó que el bono de asistencia y demás bonos pretendidos por el demandante, son beneficios de carácter extralegal, ya que no se encuentra contemplados en ninguna norma sustantiva laboral, además de ser remuneratorios, de acuerdo al artículo 128 del CST se les resto a dichos beneficios ese carácter de factor salarial a través del pacto de exclusión. Por último, frente a la solidaridad dijo que esta no se encontraba demostrada conforme a que no se demostraron los condicionamientos establecidos por el artículo 34 del CST.

SEGUROS CONFIANZA S.A.; Manifestó en su escrito de alegatos que la póliza por medio de la cual se llamó en garantía a la entidad solo ampara el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, solo cubre la indemnización establecida en el artículo 64 del CST, mas no las pretendidas por el actor en su demanda.

LIBERTY SEGUROS S.A.: En sus alegación arguyó que en relación con el bono de asistencia, dijo que este no era un beneficio que buscaba retribuir el servicio prestado del trabajador, sino que se trataba de un beneficio extralegal condicionado, por tal razón no podía tenerse en cuenta a la hora de liquidar el trabajo suplementario, dominical, festivo y vacaciones, ya que así lo pactaron las partes, pero dicha bonificación si era tenida en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones compensada. En cuanto a la responsabilidad solidaria de REFICAR S.A., indicó que el demandante no demostró la carga establecida en el artículo 167 del CGP y en el artículo 34 del CST, ya que solo se limitó a mencionar el demandante que CBI era contratista de REFICAR S.A., por tal razón debía ser solidariamente responsable.

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 (i) determinar la incidencia salarial de la bonificación de asistencia y prima técnica convencional, para re liquidar el pago trabajo suplementario dominical y festivo y prestaciones, de ser así, si está probada la mala fe que haga viable reconocer sanciones moratorias; y (ii) si es posible ordenar el pago de diferencias por bono de asistencia y horas extras, con ocasión de

la nivelación salarial aplicada al demandante y de la que se tuvo conocimiento durante la práctica de pruebas con la incorporación de prueba documental por parte de la testigo Tatiana Toro.

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

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 7 de febrero de 2013 hasta el 20 de octubre de 2014, el cual finalizó por vencimiento del plazo fijo pactado.

a. De la naturaleza salarial del bono de asistencia

Contrario a lo manifestado por el recurrente, conforme al análisis de las pruebas en su conjunto como es la declaración de Tatiana Toro, pruebas documentales, e incluso durante el debate probatorio la apoderada de la parte demandante en sus preguntas recurrió a los supuestos de causacion y pago pactados en el contrato para la bonificación HSE y cumplimiento a efectos de comprobar el carácter retributivo del bono de asistencia, es más, en el recurso de apelación para sustentar su tesis de la naturaleza salarial de dicho pago se remite al incumplimiento de las condiciones de causación del pago antes mencionado, por tal razón, resulta inequívoco que el bono de asistencia corresponde al bono de HSE y cumplimiento.

Superado lo anterior, debe señalarse que 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, 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. Tal como también concluyó el A quo.

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 el contrato de trabajo, en su cláusula cuarta 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.

En el caso bajo estudio, se comprueba el **carácter retributivo de manera directa**, dado que las condiciones de causación estaban ligadas a la asistencia y el cumplimiento del trabajo del actor, y requerían el despliegue de la fuerza de trabajo de éste, de donde brota su naturaleza salarial. También se cumple el presupuesto de **habitualidad**, dado que, dicho pago era de causación mensual, por así reconocerse en el instrumento que consagró la bonificación, y desprenderse de los volantes de pago allegados al proceso.

A su turno, como ya se dijo, viene acreditada la **exclusión del bono** de HSE y cumplimiento o llamado bono de asistencia, de la 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, 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.

Conclusión que, no riñe con la postura de la Sala de Casación Laboral plasmada en la sentencia CSJ SL2018-2021, en tanto, 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.

Nótese que 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.

La apoderada de la parte demandante, reitera el carácter salarial por no cumplirse los condicionamientos pactados para el bono de HSE y Cumplimiento (bono de asistencia), sin embargo, se explica que, tal como fue pactada la bonificación de asistencia en el contrato de trabajo, existían dos momentos previos al pago de la bonificación. **El primero**, la causación, lo cual requería el cumplimiento de las condiciones aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo y desempeño en HSE y **el segundo**, la liquidación del bono, en donde se calculaba una vez causada la bonificación, por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio, luego entonces, al existir ausencias injustificadas y no realizarse los descuentos conforme a los porcentajes establecidos en dicho clausulado, sino por días no laborados, no denota ineficacia del acuerdo, sino un error en la liquidación, pues en últimas fuera en porcentajes o en días laborados, al trabajador sí se le realizaba una deducción del bono de asistencia por las ausencias no justificadas, lo cual conlleva a concluir que se daba cumplimiento a los condicionamientos indicados en el instrumento que la consagró.

Por todo lo anterior, para esta Corporación se encuentra 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 confirmar la decisión de primera instancia.

b. De la incidencia salarial de la prima técnica convencional

Pues bien, 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, 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"*, vigente a partir de octubre de 2013 y, por ende, aplicable al actor.

En dicho anexo, el cual hace parte integral de la convención, se pactó que la prima técnica convencional, no tendría incidencia salarial en la liquidación de prestaciones sociales, acuerdo que a juicio de esta Corporación 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”

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 acreencias laborales.

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.

La corte también ha dicho que las “*Convenciones Colectivas de Trabajo son un acuerdo especialísimo en virtud del cual el empleador y una organización sindical, establecen algunas condiciones que regirán los contratos de trabajo, facultad que se encuentra consagrada tanto legal como constitucionalmente; de allí que resulta ser una herramienta esencial para lograr uno de los objetivos del derecho al trabajo como lo es obtener el equilibrio dentro de las relaciones que él regula*” y que “*dichos acuerdos colectivos, son el resultado de un proceso de negociación reglado, que una vez finalizado, permite que los derechos en ellos regulados tengan plena vigencia en la relación contractual de naturaleza laboral en que se soportan, siendo protegidos y garantizados tanto por el ordenamiento jurídico del trabajo, como por la propia Constitución y hasta por las normas internacionales*” de ahí que su eficacia, “*no pueden disociarse con alegaciones genéricas*” (sentencia CSJ SL4518-2020)

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 la prima técnica y la validez del pacto de exclusión convencional, no es posible declarar su incidencia salarial, imponiéndose confirmar la decisión también frente a este tópico.

c. Del derecho al pago de diferencias por concepto de horas extras y bono de asistencia, con ocasión de la nivelación salarial otorgada al demandante en vigencia del vínculo laboral

Durante el debate probatorio, la testigo Tatiana Toro con ocasión de su declaración aportó documentos demostrativos del reconocimiento a la nivelación salarial como aparejador B en vigencia del vínculo laboral, los cuales fueron incorporados al expediente sin reparos por la parte actora y sirvieron de sustento al juez para absolver a la demandada de las pretensiones de reliquidación por nivelación salarial.

En el citado documento se observa que al demandante le fue reconocida diferencias salariales con ocasión de la nivelación salarial, con efectos retroactivos, sin embargo, frente a las diferencias por horas extras y por bono de asistencia reclamadas con el recurso, no es posible pronunciarse por existir una ausencia de causa petendi, al no hacer parte de las pretensiones de la demanda, hecho que es reconocido por la apoderada también en su recurso.

Justifica la apoderada dicha ausencia en que, al momento de la presentación de la demanda desconocía el documento enrostrado, sin embargo, recalcó que ello no era óbice para que el juez no examinara a fondo la documental incorporada y evidenciara que existían diferencias dejadas de cancelar, las cuales debió reconocer en uso de sus facultades ultra y extrapetita. Con relación a lo anterior, debe recordarse que las facultades que invoca la parte actora son exclusivas de la primera instancia y al no haberse hecho uso de ellas por el operador judicial, a esta Corporación le está vedado estudiar la viabilidad del pedimento elevado en el recurso, por tal razón esta Sala se abstiene de abordar el estudio sobre estas diferencias.

De otra arista, al confirmarse la sentencia en su integridad y no existir sumas adeudadas por la demandada, resulta inane referirse a los puntos restantes manifestados por la apoderada de la parte demandante en su recurso de alzada, concerniente a las sanciones moratorias y solidaridad, e impide la revocatoria de costas fijadas en primera instancia.

9. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo del demandante ante la no prosperidad del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 365 del CGP, de aplicación en

materia laboral por remisión normativa del artículo 145 del CPTSS. Se fijan como agencias en derecho una suma equivalente a ½ SMMLV en favor de la demandada, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554, del Consejo Superior de la Judicatura, aplicable al presente proceso.

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: CONFIRMAR la sentencia de fecha diecisiete (17) de junio de 2019, emanada por el Juzgado Tercero Laboral de del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral de **ARIEL LOZANO MEDINA-** contra **CBI COLOMBIANA S.A.** y **REFICAR S.A.**, y las llamadas en garantía **CONFIANZA S.A** y **LIBERTY SEGUROS S.A**, atendiendo las consideraciones dadas en esta instancia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho una suma equivalente a 1/2 SMMLV en favor de la demandada, CBI COLOMBIANA S.A, de conformidad con las anotaciones dadas en precedencia.

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

NOTÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado Ponente

JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada
Ausencia Justificada

MARGARITA 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

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:

302e669cd2b5665d3a8408a9714e85afaa7e5c3b9a0391d672a9403722750f91

Documento generado en 31/01/2022 12:34:05 PM

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