

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA TERCERA LABORAL
CARTAGENA – BOLÍVAR**

MAGISTRADA PONENTE: Dra. MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: ALEXIS OMAR LANOY GUANIPA

Demandado: CBI COLOMBIANA S.A, REFICAR S.A Y OTROS

Fecha de Fallo Apelado: 27 de mayo de 2019

Procedencia: Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena

Radicación: 13001-31-05-002- 2016-00622-01

En Cartagena de Indias, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), siendo la oportunidad y fecha señalada por auto anterior para dictar sentencia escrita dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **ALEXIS OMAR LANOY GUANIPA** contra **CBI COLOMBIANA S.A, REFICAR S.A** y las llamadas en garantía **COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A** y **LIBERTY SEGUROS S.A**, conforme a los lineamientos vertidos en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, en concordancia con el Decreto Legislativo 428 de 2020 y los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020 respectivamente, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se reunió la Sala Tercera Laboral de este Distrito Judicial, integrada por los Magistrados: **LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO, CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS** y **MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO**, quien la preside como ponente, para resolver lo siguiente:

I. CUESTIÓN PREVIA

1.1. SOLICITUD PROBATORIA

Advierte la Sala que, en esta segunda instancia, mediante memorial presentado el 25 de febrero de 2020, 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 contraría la naturaleza contemplada por el legislador para el decreto de una prueba de oficio, pues de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 54 del CPTYSS, 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 Tercera 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.

II. SENTENCIA

Encuéntrese el presente asunto para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena el 27 de mayo de 2019, mediante la cual se condenó a CBI COLOMBIANA S.A. a pagar la suma total de \$1.085.501 por concepto de reliquidación de trabajo suplementario, horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos, cesantías, intereses de cesantías y vacaciones disfrutadas.

Igualmente, se dispuso el pago de las diferencias generadas en los aportes a pensión y la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST. Absolviendo a la accionada de las demás pretensiones de la demanda.

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. PRETENSIONES: Por intermedio de apoderado judicial, el señor Alexis Omar Lanoy Guanipa presenta demanda ordinaria laboral, a fin de que se declare: **(i)** que entre este y la empresa CBI COLOMBIANA S.A existió un contrato de trabajo desde el 21 de abril de 2013 hasta el 21 de enero de 2014, **(ii)** la ineficacia del pacto de exclusión salarial previsto en el contrato de trabajo, **(iii)** que la bonificación de asistencia, la prima técnica convencional, el incentivo de productividad, el incentivo HSE convencional, el incentivo de progreso de tubería, el incentivo de progreso convencional, el bono Sodexo no gravado y los auxilios de gastos de transferencia y lavandería tenían carácter salarial, y **(iv)** que REFICAR S.A. es solidariamente responsable de las condenas que se impongan.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a la sociedad demandada a pagar las diferencias generadas por la reliquidación de trabajo suplementario, prestaciones sociales y vacaciones disfrutadas

De igual manera, depreca el pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, al igual que la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (Fl.1-2).

2.1.2. HECHOS: En respaldo de sus pretensiones, el apoderado de la parte demandante refiere, en resumen, que el señor Alexis Omar Lanoy Guanipa prestó sus servicios a la sociedad CBI COLOMBIANA S.A desde el 28 de noviembre de 2011 hasta el 26 de agosto de 2015.

Afirma que, el cargo desempeñado fue el de Operador de Grúa >250 T y que mensualmente el actor recibía un sueldo básico más una bonificación por asistencia.

Asegura que, para la liquidación de prestaciones sociales, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominicales, festivos y vacaciones, no se tuvo en cuenta lo devengado por el demandante por concepto de bono de asistencia, prima técnica convencional, bono Sodexo no gravado, incentivo HSE convencional, incentivo de progreso convencional, incentivo de progreso de tubería, auxilio de gastos de transferencia y auxilio de lavandería, por lo que CBI COLOMBIANA S.A no le pagó lo que en realidad le correspondía por estos conceptos.

Por último, arguye, que el demandante ostentaba la calidad de beneficiario de la convención colectiva de trabajo celebrada entre CBI COLOMBIANA S.A. y la USO. (Fl.2-4).

2.1.3. CONTESTACIÓN DE DEMANDA: CBI COLOMBIANA S.A. acepta la existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales.

En lo concerniente a la pretensión de reliquidación solicitada, considera que no hay lugar a la prosperidad de la misma, toda vez que la bonificación de asistencia y demás emolumentos extralegales pretendidos en la demanda, no tenía naturaleza salarial en tanto no eran retributivos del servicio prestado por el demandante.

En cuanto a la sanción moratoria, adujo que su representada cumplió a cabalidad con las obligaciones laborales que tenía con el demandante.

En su defensa propuso las excepciones de buena fe y prescripción (Fl.79-90).

Por su parte, REFICAR S.A se opone a la totalidad de las pretensiones y condenas contenidas en la demanda, toda vez que no existe vínculo alguno que propicie una responsabilidad solidaria entre las codemandadas.

Así mismo, solicitó que se llamara en garantía a la COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A y LIBERTY SEGUROS S.A., alegando para tales efectos, que en virtud del contrato celebrado entre REFICAR y CBI COLOMBIANA S.A, este último en su calidad de contratista constituyó la póliza de cumplimiento No. 01 EX000898. (Fl.123-149).

La COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A y LIBERTY SEGUROS S.A., se opusieron a las pretensiones de la demanda y aducen no tener conocimiento de los hechos que en ella se relacionaban. (Fl. 130-140 y 165-177).

2.1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena en audiencia efectuada el día 27 de mayo de 2019, condenó a CBI COLOMBIANA S.A. a pagar la suma total de \$1.085.501 por concepto de reliquidación de trabajo suplementario, horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones disfrutadas, aportes a seguridad social, así como la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST. Absolviendo a la accionada de las demás pretensiones de la demanda.

Rad. No. 2016-00622-01

Como fundamento de su decisión, sostuvo que los pagos atinentes a la bonificación de asistencia, incentivo de progreso convencional, incentivo de progreso de tubería convencional, incentivo HSE convencional y prima técnica convencional, sí eran otorgados como contraprestación directa del servicio prestado por el actor, por lo que sí debían ser incluidos en la base para liquidar el trabajo suplementario, horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos y vacaciones disfrutadas en tiempo.

En cuanto al bono Sodexo no gravado y los auxilios de transferencia bancaria y lavandería, estimó que no era dable acceder a la reliquidación de tales conceptos, pues la demandada cumplió con su carga probatoria de acreditar que la finalidad de los predichos pagos estaba desligada de la actividad o de ser constitutiva de retribución directa del servicio prestado.

Consideró que, CBI COLOMBIANA S.A. había actuado de mala fe, pero, como quiera que la demanda fue presentada con posterioridad a los primeros 24 meses contados a partir de la fecha de terminación del contrato, únicamente condenó al pago de intereses moratorios a la tasa más alta vigente certificada por la Superintendencia Financiera., de acuerdo a lo establecido en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo.

Por otro lado, denegó la pretensión en lo atinente al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, puesto que para la fecha de terminación del vínculo empleatício, se efectuó el pago de los saldos insolutos de las cesantías debidas.

Finalmente, absolvió a REFICAR S.A y a las llamadas en garantía, por considerar que no se habían cumplido con los presupuestos establecidos en el artículo 34 del CST, por lo que no era dable endilgarle responsabilidad solidaria en el pago de las condenas que habían sido impuestas.

2.1.5. RECURSO DE APELACION: CBI COLOMBIANA S.A centró sus argumentos en que, dentro del presente caso, y contrario a lo señalado por el A-quo, la demandada sí cumplió con la carga probatoria de desvirtuar el carácter salarial de la bonificación de asistencia, toda vez que dentro del plenario se encuentra acreditado que la causación de la bonificación se encontraba condicionada al cumplimiento de requisitos como la llegada puntual al lugar de trabajo, la no ocurrencia de accidente laborales y el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad industrial, los cuales no guardan ninguna relación con la prestación efectiva del servicio.

Agregó que, la bonificación de asistencia, el incentivo de progreso convencional, el incentivo de progreso de tubería, el incentivo HSE convencional y la prima técnica convencional, no se pagaban al trabajador como contraprestación directa del servicio, y por consiguiente no eran pagos que se efectuaban a título salarial.

Por otro lado, arguyó que, la sentencia de primera instancia no cumplía con el principio de congruencia, dado que en las pretensiones no se solicitó que se efectuara la reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social.

Para culminar, asegura que no hay lugar a imponer condena por concepto de sanción moratoria, debido a que en todo momento su apadrinada actuó de buena fe.

Por su parte, el demandante centró su inconformismo en el punto atinente a la responsabilidad solidaria de REFICAR S.A., ya que, a su juicio, estaban dados los presupuestos del artículo 34 del CST.

2.1.6. DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA: Ejecutoriado el auto que admitió la consulta, el despacho procedió a correr traslado para alegar conforme a las directrices vertidas en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, traslado fue descorrido por la parte demandante, Liberty Seguros S.A y REFICAR, cuyos alegatos han sido leídos por la Sala, discutidos y tenidos en cuenta para proferir la decisión que se consigna en el presente proveído.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia del Juez y capacidad procesal están satisfechos, en razón de ello la sentencia será de mérito.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

El estudio de la Sala, se contrae en determinar, si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación que solicita.

Para tales efectos, deberá establecerse: **(i)** cual es el alcance o entendimiento que debe dársele al artículo 128 del CST luego de la modificación introducida por el artículo 15 de la ley 50 de 1990 y; **(ii)** si el bono de asistencia debía ser incluido o no en la base para liquidar trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo, **(iii)** Si el incentivo HSE convencional, el incentivo de progreso convencional, el incentivo de progreso de tubería y la prima técnica, tienen incidencia salarial.

3.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO CONCRETO

- Código Sustantivo del Trabajo, Artículos 127 y 128
- Sala de Casación Laboral, sentencia del 12 de febrero de 1993 con Rad.5481
- Sala de Casación Laboral sentencia del 1 feb. 2011, Rad. No. 35771
- Sala de Casación Laboral sentencia del 13 de junio de 2012, Rad. No. 39475
- Sala de Casación Laboral sentencia del 3 de julio de 2013, Rad. No. 40509

- Sala de Casación Laboral sentencia del 18 de octubre de 2017, Rad. No. 51923
- Sala de Casación Laboral sentencia de 14 de noviembre de 2018, Rad. 68303
- Sala de Casación Laboral sentencia del 17 de julio de 2019, Rad. No 64255
- Sala de Casación Laboral sentencia del 4 de diciembre de 2019 Rad. No 68005

- Sala de Casación Laboral sentencia del 21 de enero de 2020, Rad. No 6315

3.4. INTERPRETACIÓN DE LOS PACTOS DE EXCLUSIÓN SALARIAL-UN ANALISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA

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. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.

Por su parte, el artículo 128 del CST regula los pagos que no son considerados salarios al señalar que no gozan de tal connotación: **(i)** las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, **(ii)** lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio sino para desempeñar sus funciones, y **(iii)** los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente y otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente.

Ahora, si bien de acuerdo con la norma en cita las partes tienen la facultad para acordar que determinada suma no tenga incidencia salarial, esa facultad no es absoluta, tal y como lo ha enseñado tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional.

A continuación, se realiza un estudio de los diferentes pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral desde el año 1993 hasta el 2020, con el fin de explicar la postura y la doctrina que dicha Corporación ha adoptado respecto de la hermenéutica o interpretación que debe dársele al último inciso del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo:

- El primer pronunciamiento frente al tema, lo constituye la **SENTENCIA DEL 12 DE FEBRERO DE 1993 CON RAD. NO. 5481**, la cual debe considerarse como la “SENTENCIA HITO”, pues de ella se ha desprendido toda la línea jurisprudencial. En esta providencia, la Corte explicó el alcance de los artículos 127 y 128 del CST luego de la modificación introducida por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, estableciendo lo siguiente:

“Los artículos 127 y 128 del CST, en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una

lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto constituye salario ya no lo es en virtud de la disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.)

*Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, **no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones.** Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”* (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

➤ La Corte Constitucional también se ha pronunciado en sede de control abstracto sobre el artículo 128 del C.S.T, así en **SENTENCIA C-521 DE 1995** la Sala Plena de dicha Corporación, estableció que los extremos de la relación laboral tienen la autonomía para pactar que ciertos pagos extralegales que se cancelan de forma habitual u ocasional no sean factor salarial, reconoció que tal facultad es inherente al contrato de trabajo y cuenta con reconocimiento de la Constitución, no obstante, advirtió que la celebración de esos acuerdos **NO ES ABSOLUTA**, toda vez que posee límites en cuanto a su contenido. Límites que radican en que los pactos de desregularización salarial no pueden lesionar derechos fundamentales del trabajador o principios constitucionales, verbigracia el principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

➤ Seguidamente en **SENTENCIA C-710-1996** al estudiar la mencionada norma la Corte determinó que la misma era exequible, pero bajo este entendido:

*“El artículo 128 se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. **Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante***

el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. Por tanto, la norma, así entendida, es constitucional”.

El artículo 128, como norma de carácter general, no es contraria a la Constitución. En caso de que los regímenes salariales a que hacen referencia los actores, desconozcan esta norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él, como se ha explicado, se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

➤ En consonancia con lo anteriores precedentes, la Sala de Casación Laboral en **SENTENCIA DEL 1 FEB. 2011, RAD. 35771**, recordó respecto a los pactos no salariales, que las partes contratantes sí pueden establecer que determinados pagos no constituyan salario, pero solo pueden hacerlo cuando real y efectivamente tales sumas no retribuyen el trabajo y, por tanto, no sea para beneficio del trabajador, mucho menos para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, textualmente dijo:

“No está demás advertir lo que tiene señalado, desde antaño, esta Sala, sobre que las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del CST; tales acuerdos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario. Así lo asentó esta Sala en la sentencia con radicación 30547 de 2009, que a su vez reitera lo dicho en la sentencia 27235 del 10 de julio de 2006:

De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, se entiende por salario “no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que

las partes puedan convenir en sentido contrario, [...]. En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz”.

Concluyó la Corte: “Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

- En igual sentido, en **SENTENCIA DE 13 JUN. 2012 Rad. No. 39475**, la Corte expuso:

“Si bien las partes tienen la facultad para acordar que determinada suma no tenga incidencia salarial, esa facultad no es absoluta, tal y como también lo ha enseñado la jurisprudencia constitucional, en sentencias como C- 401 de 2005” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

- En el mismo orden, en la **SENTENCIA SL 403-2013**, quedó establecido que:

“Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.

En esta sentencia al igual que en la de 2012, la Corte reiteró la postura adoptada desde sentencia del 12 de febrero de 1993 con Rad. No. 5481, señalándose incluso que dicho fallo constituye la DOCTRINA que sobre el tema de los pactos de desalarización acoge y mantiene la Sala de Casación Laboral.

- Luego en **SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2018 RAD. NO. 68303** la Sala de Casación Laboral realiza un recuento de su posición respecto de la interpretación del inciso final del artículo 128, reiterando una vez más:

“En efecto, ha adoctrinado esta corporación que resulta dable a la luz de esta disposición, acordar que determinados beneficios o auxilios extralegales, a pesar de ser retributivos del trabajo, sean excluidos del cómputo de las prestaciones sociales. Así se indicó en sentencia CSJ SL13707-2016:

La Sala ha indicado que la libertad concedida a las partes en el artículo 128 del C.S.T para calificar qué es salario, no significa que estas le puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, sino que al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros; así se precisó en la sentencia del 13 de junio de 2012 radicación 39475, en los siguientes términos: En el segundo cargo, el argumento central del impugnante para atribuirle al Tribunal la equivocada hermenéutica de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, se hace descansar, exclusivamente, en la sentencia del 7 de febrero de 2006, radicado 25734.

La citada providencia en efecto se refiere a la hermenéutica de que han sido objeto los artículos 127 y 128 del C.S.T., sin embargo, bien se impone destacar que en dicha oportunidad, como en otras tantas, la Sala reiteró la doctrina que dejó sentada en la sentencia del 12 febrero de 2003, radicada bajo el número 5481, misma en la que el ad quem, en el presente caso, fundamentó su decisión.

Ciertamente, reza la sentencia impugnada: La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la facultad establecida en la Ley 50 de 1990 y que el demandado reclama desconocida por el a quo, no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen. Así, ha sostenido:

Estas normas, en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto constituye salario ya no lo es en virtud de la disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus, trabajadores. En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta

*razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. **El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones.** Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo'. Sala de Casación Laboral, Rad. 5481., M.P. Hugo Suescun Pujois” (Subrayas de la Sala).*

- En **SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2018 RAD. NO. 68303** la Corte recordó que la facultad establecida en el artículo 128 del CST no es una autorización para restarle la incidencia salarial a los pagos que por esencia lo son. Esto por cuanto la preceptiva hace referencia a los emolumentos que, si bien, no retribuyen o compensan directamente el servicio, podrían llegar a ser considerados salario o plantearse la discusión. Así lo explicó la Corte:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «LA LEY NO AUTORIZA A LAS PARTES PARA QUE DISPONGAN QUE AQUELLO QUE POR ESENCIA ES SALARIO, DEJE DE SERLO (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

*Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), **NO PODRÍAN LAS PARTES, A TRAVÉS DE ACUERDO, CONTRARIAR LA NATURALEZA DE LAS COSAS O DISPONER QUE DEJE DE SER SALARIO ALGO QUE POR ESENCIA LO ES.** Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.*

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

*Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, **que es posible anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva, no es salario por decisión de las partes.***

- Posteriormente en **SENTENCIA DEL 17 DE JULIO DE 2019 RADICACIÓN N° 64255**, la Corte reiteró una vez más lo consignado en la sentencia con Radicado No. 5481 de 1993, pero en esta oportunidad estableció un límite a la facultad de que un pago que sea salario pueda excluirse de la base de cómputo para la liquidación de acreencias laborales, indicando:

“En punto al artículo 128, esta Corporación ha adoctrinado que la libertad concedida a las partes para calificar qué es salario, no significa que estas puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, sino que, al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros, SIEMPRE Y CUANDO NO ATENTE CONTRA LA REMUNERACIÓN MÍNIMA, VITAL, MÓVIL Y PROPORCIONAL A LA CANTIDAD Y CALIDAD DEL TRABAJO, LO QUE EN EFECTO ACONTECIÓ EN EL SUB EXAMINE”.

- En **SENTENCIA DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2019 RAD. NO 68005** puntualizó una vez más:

“(…) si bien, las partes tienen la facultad de acordar que determinado ingreso no tenga incidencia prestacional, por así autorizarlo el artículo 128 del mismo estatuto, tal posibilidad no puede convertirse en una especie de patente para restar connotación salarial a pagos que por su naturaleza y esencia la tengan, en tanto recompensan el trabajo personal y subordinado que realiza un trabajador”.

- Finalmente, en **SENTENCIA DEL 21 DE ENERO DE 2020 RAD. No. 63154** la Corte, con fundamento en la jurisprudencia antes citada, recapitulo que la facultad prevista en el artículo 128 del CST, en virtud de la cual se pactó una cláusula de exclusión salarial no tenga límites; por el contrario, no es dable para el juez del trabajo avalar un acuerdo como éste, si advierte que el concepto al que se le resta esta incidencia salarial, en verdad constituye una remuneración directa del servicio, es habitual o permanente e ingresa efectivamente al patrimonio del trabajador, por lo que el operador judicial debe analizar cada caso particular. Puntualizó que:

“En efecto, la Corte considera preciso recordar que el pacífico y sostenido criterio jurisprudencial de esta Corporación sobre el particular ha dejado claro que la condición salarial o no de una determinada suma de dinero que percibe el trabajador en el marco de un contrato de trabajo, no depende de la denominación que le hayan dado las partes en el acto de creación, ni menos aún de la voluntad autónoma del empleador, sino de la inequívoca circunstancia de que, como se dijo, se pague para retribuir el servicio personal del empleado (CSJ SL13707-2016 y CSJ SL8216-2016).

Ha de insistir la Sala en que, ciertamente, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite que existan pagos dentro de la relación laboral que están al margen de tenerse por remunerativos del servicio, o lo que es lo mismo, no salariales.

Sin embargo, lo que autoriza el artículo en cita no es en modo alguno una carta abierta para que las partes pacten cualquier tipo de devengo sin incidencia salarial, comoquiera que dentro de la libertad y autonomía que está presente en la relación de trabajo, no pueden las partes excluir de la connotación salarial pagos que por su naturaleza y esencia sí la tengan, como aquellos que están atados, precisamente, a la retribución del servicio de manera directa.

Ante una discusión así planteada, es deber del juez, singular o colegiado, desentrañar la manera como está pactado un determinado pago sobre el que recae la discusión del contenido salarial y confrontarlo con los hechos probados en juicio.

De esta manera, resulta para la Sala evidente que el verro del Tribunal se consolidó cuando limitó su análisis a la simple existencia formal de un pacto de exclusión salarial contenido en el contrato de trabajo suscrito entre las partes sin su debida y necesaria contrastación con la realidad del servicio”

De la línea jurisprudencial expuesta, esta Corporación puede extraer una serie de conclusiones entorno a la correcta interpretación que debe dársele al artículo 128 del CST. Conclusiones que constituyen la piedra angular o los parámetros para definir todos aquellos casos en se pretenda la declaratoria de salario de un determinado pago o lo que es lo mismo la ineficacia de un pacto de exclusión salarial:

1. El artículo 128 debe ser entendido en el contexto de que el pacto de desalarización NO ES ABSOLUTO, y no implica la posibilidad de que por acuerdo las partes le quiten el carácter salarial a un pago que remunera directamente el servicio prestado. De acuerdo con la doctrina expuesta desde la sentencia de 1993 DESALARIZAR no significa quitarle naturaleza salarial a un pago que por esencia lo es, pues este artículo lo que permite es que las partes puedan pactar que un pago que es salario no sea tenido en cuenta para liquidar ciertas prestaciones o acreencias.
2. Con lo establecido en el inciso final del artículo 128 del CST, el legislador autorizó a las partes celebrantes de un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras acreencias laborales, siendo este el único entendimiento y alcance que debe dársele a dicho precepto.
3. Por tanto, cuando en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo se pretenda despojar de naturaleza salarial a un pago que por esencia lo es (por ser recibido por el trabajador como contraprestación directa de sus servicios), ese

pacto deberá considerarse INEFICAZ, en atención al mandato establecido en el artículo 43 del CST.

4. Las partes contratantes pueden establecer que determinados pagos no constituyan salario, pero UNICAMENTE pueden hacerlo cuando real y efectivamente tales sumas no retribuyen directamente el trabajo y, por ende, no sea para beneficio del trabajador, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.

5. Al artículo 128 del estatuto laboral, debe dársele una interpretación sistemática que armonice su contenido con las normas constitucionales, del bloque de constitucionalidad y legales que regulan lo atinente a los factores salariales. Ello impone entender que la autorización de exclusión salarial está restringida a los eventos enunciados en el referido artículo 128, a los fines explicados por la jurisprudencia, y a los casos análogos a éstos en que los pagos no retribuyan efectiva y directamente el trabajo.

6. En síntesis, el pacto de exclusión salarial solo puede ser usado en dos casos: 1) para anticiparse y precisar que un pago esencialmente NO retributivo del servicio, en definitiva, no es salario por decisión de las partes, y así evitar futuras controversias, y 2) para establecer que un pago, pese a ser salario, no tendrá incidencia en la liquidación de ciertas prestaciones, indemnizaciones o acreencias, siempre y cuando esta estipulación no atente contra la remuneración mínima, vital, móvil y resulte proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

La utilización del pacto de exclusión salarial para casos distintos a los aquí previstos, conlleva a la declaratoria de ineficacia del acuerdo.

7. El Juez laboral debe determinar si el pacto de desalarización celebrado por las partes es o no eficaz, para lo cual deberá analizar las pruebas allegadas al proceso, las circunstancias propias de cada caso, la finalidad del pago, las características del pacto suscrito y la intención de los celebrantes del mismo.

Conclusiones que en palabras de la Corte no resultan “descabelladas”, sino que, por el contrario, se muestran acorde a la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 128 del CST, tal y como lo señaló la Sala de Casación Laboral en la sentencia STL11582-2020, al estudiar precisamente una tutela contra esta Sala de decisión.

Aclarado lo anterior, procede la Sala analizar el caso concreto de la siguiente manera:

3.5. DEL BONO DE ASISTENCIA Y LA VALIDEZ DEL PACTO DE EXCLUSIÓN SALARIAL

En el *sub lite*, no existe controversia en torno a que el “Bono de asistencia o Bonificación por Asistencia” fue ofrecido por CBI al accionante, de acuerdo con la política salarial implementada por el contratante REFICAR S.A, explicándosele al trabajador las condiciones del pago, las cuales fueron aceptadas de forma voluntaria, ya que en la demanda nunca se alegó la existencia de un vicio en el consentimiento.

Pues bien, a folio 106 reposa CD aportado por CBI COLOMBIANA S.A, el cual contiene la copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en cuya cláusula cuarta se estableció que la remuneración mensual del señor Alexis Omar Lanoy Guanipa estaría conformada por dos factores: por un lado, un salario ordinario, y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada.

En la referida cláusula, se dispuso, además, que la causación del bono de asistencia 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). Disponiéndose, además, que de causarse la bonificación, conforme a las condiciones pactadas, la misma sería ***“pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio”***.

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

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

Lo anterior implica, que el pacto celebrado entre las partes no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, ya que incluso se especificó que el bono si tendría incidencia salarial. De lo expuesto, se extrae que el pacto de desalarización en realidad consistió en acordar que, pese a que el bono de asistencia era salario, este solo sería tenido en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, vacaciones compensadas en dinero, indemnizaciones e incluso aportes a seguridad social, excluyendo únicamente las horas extras, el trabajo suplementario y las vacaciones disfrutadas en tiempo.

Pactó que, a la luz de lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, es totalmente eficaz, ya que se trataba de un pago extralegal que no desconocía la remuneración mínima del trabajador, siendo válido que las partes acordaran sobre su inclusión en la base para liquidar ciertas acreencias.

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

El demandante solo dejó de recibir por no liquidación de trabajo suplementario con inclusión del bono de asistencia, una suma muy inferior que, en palabras de la Corte, no atenta *contra la remuneración mínima, vital, móvil* y claramente resulta *“proporcional a la cantidad y calidad del trabajo”*, si se tiene en cuenta todo lo

que el actor percibió por el pago de dicho bono y su inclusión en la liquidación de prestaciones sociales durante la vigencia de la relación laboral, lo que a todas luces cumple con el límite que impone la Sala de Casación Laboral para estos acuerdos, de donde debe colegirse sin lugar a dudas que la demandada nunca tuvo intención de socavar los derechos de los trabajadores.

Limitar la posibilidad de que las partes efectúen o apliquen este tipo de convenios siempre y cuando no se violenten los derechos mínimos, impediría que los empleadores concedieran prerrogativas superiores a las legales. Claro está, no puede perderse de vista que la eficacia de estos depende del análisis de las condiciones de cada caso en particular y de las pruebas traídas al proceso.

No puede perderse de vista, que salario y factor salarial no son lo mismo, pues el primer término hace referencia a todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, mientras que el segundo hace alusión es a cuáles de dichos pagos hacen parte de la base para liquidar prestaciones, indemnizaciones o trabajo suplementario, por tanto, aquí no se desconoció el carácter de salario del bono, sino que limitó su inclusión como factor para liquidar ciertas prestaciones. Acuerdo que fue aceptado y que vinculó válidamente al demandante, pues este aceptó la condiciones en que dicho bono sería cancelado, ya que estas lejos de perjudicarlo lo beneficiaban.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento radicado No 82673 (SL2018 de 23-03-2021), al estudiar un recurso de casación presentado por el demandando frente a un proceso donde se analizó el bono de asistencia, decidió no casar la sentencia que había resultado avante en las pretensiones del demandante y que son iguales a las aquí solicitadas.

Sin embargo, el anterior pronunciamiento en modo alguno toca la ratio decidendi de la presente decisión, pues el estudio de dicho caso partió de la tesis - ahora recogida por esta Sala -, conforme al cual, verificado el carácter salarial del bono, se imponía la reliquidación obligatoria de las prestaciones sociales, por haberse omitido el valor del mismo como base integrante del trabajo suplementario, sin consideración a ningún otro análisis probatorio. No obstante, como bien es sabido, luego del cambio jurisprudencial que esta Sala acogió desde el pasado mes de julio de 2020 en el proceso OSMIRO MARRUGO vs CBI, lo verdaderamente relevante, y objeto de debate en estos procesos, es el pacto de exclusión salarial y su validez, indistintamente que se le hubiere restado incidencia salarial a un bono que es salario y que retribuye el servicio, en los términos y dentro de las consideraciones arriba explicadas, y sobre todo, con base a lo que esta judicatura considera una sentencia hito sobre el tema, esto es, la sentencia del 12 de febrero de 1993 con rad. No. 5481.

Y es que para la Sala, el análisis que debe efectuarse en estos casos va más allá de la simple verificación de la condición de salario del bono, pues en virtud de los parámetros jurisprudenciales que sobre la materia ha trazado la misma Corte Suprema de Justicia, si bien el artículo 128 del CSTYSS debe ser entendido en el contexto de que el pacto de desalarización no es absoluto, y no implica la posibilidad de que por acuerdo de partes se le quite el carácter salarial a un pago que remunera directamente el servicio prestado, y que desalarizar, no significa quitarle naturaleza salarial a un pago que por esencia lo es, lo cierto es que desde

vieja data, la Corte ha aceptado e incluso adocinado que dicho artículo si permite que las partes puedan pactar que un pago que es salario no sea tenido en cuenta a la hora de liquidar ciertas prestaciones o acreencias, es decir, que es válido restar incidencia salarial a un determinado pago.

Bajo esta interpretación del alcance del artículo 128 del CST, el hecho de que indiscutiblemente el bono de asistencia sea salario, no basta o no resulta suficiente para ordenar la reliquidación de las horas extras y el trabajo suplementario, ya que las partes acordaron que el bono no sería incluido en la base para calcular tales acreencias, y dicho pacto para la Sala es eficaz.

Aunado a ello, se tiene que en la sentencia SL2018, la Corte se limitó a indicar que el estudio probatorio efectuado por el Tribunal Superior de Cartagena, y que había llevado a concluir que el bono de asistencia era salario, era acertado, sin entrar a realizar un estudio más profundo sobre el pacto de exclusión, y la posibilidad que tenían las partes de restarle incidencia salarial a un bono única y exclusivamente regulatorio de trabajo suplementario, y donde sobradamente probado está nunca se desconoció *la remuneración mínima, vital, móvil* y claramente resulta *“proporcional a la cantidad y calidad del trabajo”* (sentencia del 17 de julio de 2019 radicación No 64255), debido a que el recurso de casación solo se centró en el punto atinente a si el bono retribuía o no el servicio y no hubo, un verdadero ataque al núcleo íntegro de la problemática de estos casos, razón por la cual esta Colegiatura se mantiene en su posición.

Este tribunal aquí y ahora debe reiterar que, conforme al artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que confiere al juzgador la posibilidad de formar libremente su convencimiento *«[...] inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes»*, y sin someterse a una tarifa legal para la valoración de las pruebas, lo que observa es que todo el acervo probatorio le forman el convencimiento a la Sala que en la esencia del pacto no subyace un afán oscuro ni de aprovechamiento de su posición dominante en la relación contractual. La conducta de empleador debe puede y tiene un peso sobresaliente a la hora de hacer el análisis sobre las condiciones en las que se realizó el acuerdo para excluir el bono de asistencia de la base liquidatoria del trabajo suplementario, y la forma como se desarrolló la relación de trabajo; luego, no solo *es deber del juez, desentrañar la manera como está pactado un determinado pago sobre el que recae la discusión del contenido salarial* y *confrontarlo con los hechos probados en juicio*, sino - y se agrega - , también analizar las razones del pacto, su naturaleza, su función y su fin cuando se hace sobre algún emolumento sobre el que no se discute su carácter salarial.

Lo anterior es importante porque pasarlo por alto implica lesionar la iniciativa en las relaciones obrero-patronales de una manera que solo afecta al trabajador, que verá disminuida severamente cualquier iniciativa del patrono tendiente a otorgarle prerrogativas que en el día a día o mes a mes, represente para el y su familia una mejora sustancial en su ingreso, que le permita vivir dignamente, y mejorar en general sus condiciones laborales y de vida. Ese análisis es el que esta Sala le ha otorgado mayor peso, pues el pacto, como lo fue en el caso presente, no viola *la remuneración mínima, vital, móvil* y resulta *“proporcional a la cantidad y calidad del trabajo”* no puede considerarse ineficaz solo por la discusión del carácter

salarial de lo que se sometió a pacto. Lo que debe resaltarse es si ese acuerdo contribuyó a que el trabajador experimentara una mejora sustancial en sus ingresos, en su proyecto de trabajo y de vida en el desarrollo de su realidad contractual, que en últimas son uno de los fines y principios del derecho laboral, y el pago del bono lo significó, luego no puede aceptarse que ahora pretenda endilgársele una connotación negativa, cuando la inspiración de su creación nunca fue desconocer su carácter salarial.

En consecuencia, establecida la validez del pacto de exclusión sobre la bonificación de asistencia, no puede haber lugar a la reliquidación pretendida, por lo que la Sala por lo que la Sala revocara este punto del fallo apelado.

3.6. DE LOS INCENTIVOS CONVENCIONALES

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, 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”*.

En dicho anexo, el cual hace parte integral de la convención, se pactó que el incentivo HSE, la prima técnica convencional, el incentivo de progreso y el incentivo de progreso convencional, no tendrían incidencia salarial en la liquidación de prestaciones sociales.

Pues bien, al respecto de la validez de la cláusula convencional que le restringe el carácter salarial de un determinado pago, se tiene que la Sala de Casación Laboral en sentencia de 5 de febrero de 1999, Rad. No. 11389, adoctrinó, lo que a continuación se transcribe dada la relevancia de los argumentos para la resolución del caso concreto:

*“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.”

Posteriormente, en sentencias del 24 de agosto de 2000, Rad. No. 13985 y del 7 de septiembre de 2010, Rad. No. 37970, la Corte reiteró dicha línea de pensamiento, indicando una vez más que:

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

(...)

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”.

De acuerdo con la anterior jurisprudencia, 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 por cuanto, no puede perderse de vista, que 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 patrono acepte conceder beneficios superiores a los legales, pero no pueda convenir sobre los efectos o la incidencia salarial que estos tendrán.

Como puede verse, las posturas adoptadas por la Sala de casación en torno a los pactos de exclusión salarial contenidos ya sea en contratos de trabajo o en convenciones colectivas, se encuentra en concordancia, pues en uno y otro caso la Corte ha entendido, que estos pactos son eficaces siempre y cuando en ellos lo que se haga sea establecer que un determinado pago o emolumento extralegal, no será tenido en cuenta en la base para liquidar prestaciones o acreencias laborales, es decir que no tendrá incidencia salarial.

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, y en todo caso la eficacia o no del mismo no puede ser cuestionada en un proceso individual laboral, sino dentro del marco propio de la denuncia de la norma convencional, por lo que la pretensiones encaminadas a obtener la inclusión de dichos incentivos convencionales en la base para calcular las cesantías, intereses de cesantías, y vacaciones del actor, debe ser despachadas de forma desfavorable.

Por sustracción de materia, la Sala no hará ningún pronunciamiento frente a la solidaridad de REFICAR S.A, puesto que la sentencia será absolutoria, conforme a lo expuesto *Ut supra*.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y el artículo 365 del Código General del Proceso.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA; ADMINISTRADO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA, Y POR AUTORIDAD DE LA LEY:

RESUELVE

1° REVOCAR LOS NUMERALES SEGUNDO, TERCERO, QUINTO Y OCTAVO de la sentencia proferida por Juzgado Segundo del Circuito de Cartagena el 27 de mayo de 2019, para en su lugar **ABSOLVER** a CBI COLOMBIANA S.A. de las condenas impuestas.

2° CONFIRMAR en el resto de sus partes el fallo apelado, por los motivos planteados en la presente providencia.

3° COSTAS en primera instancia a cargo de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un 1%. Sin Costas en esta instancia por no aparecer causadas

4° Una vez ejecutoriada, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS QUE FIRMAN ELECTRÓNICAMENTE

MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO

Magistrada Ponente

LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO

Magistrado

(Ausencia justificada)

CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS

Magistrado

Firmado Por:

**Margarita Isabel Marquez De Vivero
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar**

**Luis Javier Avila Caballero
Magistrado
Sala 005 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:

8027d7e304bb577239cc233c9c1d9ae67cf726f0068ddb294e03fb0d6e97ea0d

Documento generado en 31/01/2022 03:42:48 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>