

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA DE INDIAS
SALA QUINTA DECISIÓN LABORAL

PROCESO	Ordinario
RADICADO	13001-31-05-004-2017-00143-01
DEMANDANTE	HERNANDO VILORIA MEJÍA
DEMANDADO	CBI COLOMBIANA S.A. y REFICAR S.A.
LO QUE SE RESUELVE	Recurso de apelación
PROVIDENCIA	Sentencia
FECHA	30 de septiembre de 2020
JUZGADO DE ORIGEN	Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena
TEMA	Pacto de exclusión salarial / Bono de asistencia
MAGISTRADO PONENTE	LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO

Corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022), proferir sentencia escrita, aprovechando las tecnologías de la información y las comunicaciones, en adelante TIC's, desde la dirección electrónica: secsalab@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro del Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia promovido por **HERNANDO VILORIA MEJÍA**, en contra **CBI COLOMBIANA S.A. Y REFICAR S.A.**, con radicación 13001-31-05-004-2017-00271-01.

Esta ponencia es de la Sala Quinta de Decisión Laboral, presidida por LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO, hecha al alimón con los magistrados CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS y FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA.

La Ley 2213 de 2022, artículo 13, anterior artículo 15 del DL 806 de 2020, estableció que las providencias que se emitan en el marco de la segunda instancia por las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial se dictarán por escrito, una vez ejecutoriado el auto que avoca el respectivo recurso o el grado jurisdiccional de consulta, según fuere el caso, y previo traslado a las partes para alegar de conclusión (también en forma escrita)

OBJETO

El objeto de este proveído es resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia dictada en audiencia el 30 de septiembre de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del Proceso Ordinario Laboral en mención, en virtud de la cual se decidió condenar a las demandadas a la reliquidación de las prestaciones sociales, como consecuencia de la declaratoria de salario de la bonificación de asistencia para la liquidación del trabajo suplementario. Como consecuencia, condenar al pago de los intereses moratorios, y solidaridad entre las demandadas.

LA DIANA DEL RECURSO

LA SUSTENTACIÓN

DEMANDANTE

La apoderada judicial del demandante no está de acuerdo con la prosperidad

parcial de la excepción de prescripción. Dice que, el 12 de abril de 2016 se interpuso reclamación administrativa por parte del demandante solicitando las pretensiones que se persiguen con la demanda, y desde ese momento se interrumpió la prescripción, no estando llamada a prosperar la excepción, máxime si en materia laboral existe norma expresa respecto del tópico de la prescripción, no siendo posible recurrir a lo contemplado en material civil que es que la demanda no interrumpe la prescripción siempre que se notifique dentro del año siguiente al demandado.

DEMANDADAS

La apoderada judicial de **CBI Colombiana S.A.**, indicó que, la bonificación de asistencia HSE no era contraprestación directa del servicio, tanto era así que esta era condicionada para su causación, factores que no se derivaban de actos del trabajador, como lo eran las condiciones de asistencia y permanencia, entre otras.

Era la bonificación de asistencia un bono extralegal otorgado por la política salarial, y tampoco podría decirse que es salario ordinario, pues a lo sumo podría ser un factor para ser tenido en cuenta en el cálculo de los promedios de liquidación, además, esta bonificación sí se tuvo en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales.

Por último, manifiesta que no hay lugar a la condena por indemnización moratoria, pues CBI Colombiana S.A. siempre actuó de buena fe bajo las políticas salariales de Reficar S.A.

La apoderada de **REFICAR S.A.**, solicita la revocatoria de la declaratoria de responsabilidad solidaria, pues en el presente caso no existe tal responsabilidad, ya que para ello se requiere que la labor desempeñada sea del objeto social del beneficiario, errando el Juez de primer grado, pues la actividad aquí desempeñada no es ni permanente ni habitual por parte de Reficar S.A.

BREVIARIO PROCESAL

La demanda, sus pretensiones, substrato material, fundamentos de la decisión que puso fin a la primera instancia, en lo que interesa al recurso interpuesto.

El promotor del proceso presentó demanda el 29 de marzo de 2017 (fl. 1), elevando como pretensiones que, se declare la existencia de una relación laboral con CBI Colombiana S.A., y que se condene a esta al pago de las diferencias dejadas de pagar como consecuencia de la reliquidación de las prestaciones sociales, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y vacaciones disfrutadas en tiempo. Igualmente, que se condene a reliquidar y pagar los aportes al sistema de seguridad social integral, teniendo en cuenta el salario real y teniendo en cuenta el trabajo extra y dominical realizado.

Por último, que se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria por el no pago en la cuantía debida al trabajador, de los conceptos mencionados, así como su indexación, y costas del proceso.

Como substrato material de los pedimientos, narró que, laboró para CBI Colombiana S.A., y que, durante su relación, como remuneración tenía un componente denominado salario básico el cual ascendía a la suma de \$1.947.100, y otro componente denominado bonificación de asistencia por un valor de \$876.195.

Que, la demandada no incluyó el bono de asistencia para realizar las liquidaciones y pagos de recargos por trabajo suplementario, nocturnos, dominical, festivos y las vacaciones disfrutadas en tiempo, y esta bonificación es de carácter salarial, por lo cual debía incluirse, dando lugar a la reliquidación de los conceptos.

La contestación de demanda, excepciones

CBI COLOMBIANA S.A. se opuso a las pretensiones, manifestó que la bonificación de asistencia no es sustancialmente salarial, pero la cual las partes la estimaron artificialmente como factor de dicho orden, exclusivamente para los efectos previstos en la cláusula que la contempla, por lo cual no es cierto que se tratase de un elemento fijo, ni que correspondiera en rigor, a una contraprestación por los servicios prestados por el demandante, sino exclusivamente en cuanto así lo tuvieron pactado las partes.

Propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

REFICAR S.A. se opuso a las pretensiones, toda vez que están basadas en un supuesto que no se acepta y es la vinculación de Reficar con los efectos jurídicos de unas relaciones laborales de las que nunca hizo parte, invocando una relación de responsabilidad solidaria que es inexistente. Que, no hay responsabilidad solidaria pues Reficar no desarrolla actividades del giro ordinario de CBI Colombiana S.A., no basta el mero enunciado de la posibilidad de ejecutar una actividad, sino que es el desarrollo de la misma la que traería eventuales consecuencias jurídicas.

Propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

Confianza S.A. puso de presente que, la póliza con base en la cual se hace el llamamiento en garantía, en lo que refiere a indemnizaciones laborales única y exclusivamente cubre la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST.

LIBERTY SEGUROS S.A. indicó que, no tienen relación jurídica con Reficar que permita efectuar el cobro de un siniestro, y ello es así en la medida en que el vínculo contractual que permite su aparición dentro de este proceso es el sostenido con Confianza S.A.

Razones para decidir en primera instancia, en lo que interesa a los recursos interpuestos

El Juez de primer grado declaró la incidencia salarial de la bonificación de asistencia, teniéndola como salario ordinario, en consecuencia, ordenó la reliquidación del trabajo suplementario, horas nocturnas, festivas, dominicales, y como consecuencia de esto, la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a pensión. Condenó también a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, y declaró la solidaridad con Reficar S.A.

Indicó que, el elemento determinante del carácter salarial, es que el pago sea como contraprestación directa del servicio, y en el presente caso, se observa que la bonificación de asistencia lo era, ya que este estaba sujeto a 2 indicadores, el primero, el aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo, del cual se desprende la contraprestación directa, pues este aporte se determina por la fuerza física que presta directamente el trabajador, por lo cual es

una remuneración directa, y el segundo, el desempeño del empleado y de su equipo de trabajo en las disposiciones de higiene, salud y medio ambiente, pero que este segundo condicionamiento se aplica sobre lo aportado por el trabajador, pues primero se calcula el aporte conforme a los días trabajados, y luego se afecta el monto, es decir, que este segundo condicionamiento no le resta el carácter remunerativo de que trata el primero.

Establece el Juez entonces que, esta bonificación efectivamente es salario, y es salario ordinario de acuerdo a los volantes de pago, pues se causaba por la prestación efectiva del servicio, por lo cual no se le podía restar incidencia salarial. Además, la convención colectiva de trabajo tampoco alteró la incidencia salarial de este concepto, por lo cual se debe entonces reliquidar el trabajo suplementario y en consecuencia las prestaciones sociales.

Indicó el Juez que, condenó a la indemnización moratoria debido al incumplimiento del empleador, y a que esa división del salario quiso reducir la remuneración que el trabajador percibía.

Por último, estableció que sí existe responsabilidad solidaria por parte de Reficar S.A., pues las labores que se desempeñen no necesariamente deben ser idénticas ni estar en los objetos sociales de la beneficiaria de la obra, sino que las labores tengan una íntima relación con las actividades de esta, como en el presente caso donde las actividades de CBI Colombiana S.A. eran propias del giro de los negocios de Reficar S.A.

Trámite en segunda instancia

Surtido el respectivo traslado, **REFICAR S.A.** indicó que, desde la sola lectura atenta de la demanda, debió considerar el Juez que estaban dadas las razones para que, sin más, se desecharan desde aquel estadio la totalidad de las pretensiones, incluida la reliquidación pedida. Que, bastaba con leer y no pasar por alto lo confesado en la propia demanda y sumado a la fuente contractual de la bonificación, para establecer que posee una nota esencial que imponía la prosperidad de lo reconocido por el Juez, el que se genera o no como una obligación a cargo del empleador, por la verificación de circunstancias, incluso enteramente ajenas al actuar o voluntad del trabajador, como lo son incidentes de riesgos laborales o fatalidades a este, descartan siquiera que se trate de un integrante del salario.

Que, en todo caso, se debe absolver a Reficar S.A. por cuanto no se cumplen con los elementos de responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 del CST.

LIBERTY SEGUROS S.A. solicitó a la Sala confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Juez cuarto laboral del circuito de Cartagena, que decide absolver de las pretensiones formuladas en el llamamiento al considerar que las pretensiones perseguidas por el demandante no son objeto de amparo en la póliza mediante la cual se les convoca, punto este de la sentencia que no fue recurrido por el apelante.

Dice que *“La póliza EX000898, es una póliza de cumplimiento que tiene como fin amparar salarios y prestaciones, así como la indemnización por despido sin justa causa, la lectura de la póliza en comento debe hacerse en conjunto con las condiciones generales establecidas en su clausulado, la cual indica las coberturas y amparos de la misma. En efecto, el numeral 1.5 indica el listado de riesgo que asume la aseguradora, estableciendo como amparo los salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, estas últimas limitadas a la establecida en el artículo 64 del CST. En consecuencia, la póliza EX000898 es una póliza de riesgos nombrados o amparos determinados, de ahí que deba entenderse que lo que no*

está enunciado en el numeral 1.5 no se encuentra amparado.

(...)"

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Problemas jurídicos planteados

De conformidad con la disconformidad del recurrente, el estudio de la Sala se contraerá en determinar si la bonificación "Bono de Asistencia", constituye o no salario, y en el evento de que lo sea, si es posible de un pacto de exclusión salarial.

Respuesta a los cuestionamientos

A efectos del cuestionamiento deberá establecerse: (i) cuál es el alcance o entendimiento que debe dársele al artículo 128 del CSTSS luego de la modificación introducida por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, (ii) y si la facultad otorgada en dicha norma es absoluta o si por el contrario tiene limitaciones, y en qué consisten estas.

Al respecto, en un caso semejante en el que se dilucidó el mismo tema de la bonificación de Asistencia HSE de CBI, puntualmente dentro del proceso ordinario laboral de LEONAR DELGADO RUÍZ contra CBI COLOMBIANA S.A., radicación 13000-31-05-002-2014-00247-02, el 22 de septiembre de 2020, se fijó el siguiente criterio:

"DE LA HERMENÉUTICA QUE HA HECHO LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A LOS PACTOS DE EXCLUSIÓN SALARIAL

Según el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante CSTSS), modificado por el 14 de la Ley 50 de 1990, constituye 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 horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

El 128 en la versión de la misma Ley 50 estipula, que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación en utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

En la segunda parte del anterior dispositivo, la reforma de 1990 introduce el polémico concepto de exclusión salarial, o desalarización, así:

Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

A renglón seguido evocaremos los diferentes pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral desde el año 1993, casi tres años después de la reforma, hasta el 2020.

El primero se hizo el 12 de febrero de 1993, radicación 5481, magistrado ponente HUGO SUSECUN PUJOLS, la cual se constituye en la sentencia **hito** de la línea.

Dijo la Corte:

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 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.

Antes de avanzar, es querer de esta Sala de Decisión denotar que desde el principio la Corte advirtió en este fallo fundacional, sin explicitación, herméticamente, que son dos (2) los pagos que se pueden desalarizar. Unos que tienen naturaleza salarial pero que no pierden ese carácter por virtud del pacto de exclusión, y otros, los beneficios o auxilios, extralegales, retributivos de trabajo.

(...)

(...)

(...)

(...)

De la anterior línea jurisprudencial cimentada por la Corte Suprema respecto del artículo 128 del CSTSS, extractamos:

1. Que el pacto de exclusión salarial no implica quitarle tal carácter a un pago que constituye contraprestación directa del servicio.

2. Que tal posibilidad no se puede ejercer de manera absoluta.

3. Que desalarizar no significa quitarle naturaleza salarial a un pago que por esencia lo es. No obstante, (i) nada impide al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario, esto es que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter; (ii) o para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del salario, no tenga incidencia en la liquidación de prestaciones sociales.

4. Que tal pacto no puede atentar contra la remuneración mínima, vital, móvil, aquella que resulta proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

5. Que tampoco puede desatender el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones de trabajo (CP, art. 53).

En resumen, la lectura que le hacemos a la doctrina decantada por la Corte, y lo escribimos en mayúsculas, es la que sigue:

NO SE PUEDE DESALARIZAR LO QUE CONSTITUYE CONTRAPRESTACIÓN DIRECTA DEL SERVICIO PRESTADO, LO QUE POR ESENCIA ES SALARIO.

EXISTEN PAGOS QUE SE HACEN AL TRABAJADOR, QUE NO OBSTANTE SU NATURALEZA SALARIAL Y SIN QUE PIERDAN TAL CARÁCTER, SE PUEDEN EXCLUIR PARA LIQUIDAR PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. ASÍ MISMO EXISTEN PAGOS (beneficios o auxilios otorgados en forma extralegal por el empleador), QUE ALCANZAN CONNOTACIÓN SALARIAL POR SU HABITUALIDAD, POR CONSTITUIRSE EN UN BENEFICIO SUYO, DE SU PROVECHO, PERO QUE NO LLENAN PLENAMENTE LO QUE ES EL NÚCLEO DE PUREZA DEL CONCEPTO DE SALARIO; ESTÁN ATADOS, DEPENDEN, FLUYEN, TIENEN SU VENERO EN EL TRABAJO PRESTADO, CABALGAN EN SENTIDO CONTRARIO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PORQUE LO RETRIBUYEN.

Ahora bien, creemos que la Corte ha hecho su mayor esfuerzo para definir qué constituye contraprestación directa del servicio, sin embargo, habiendo advertido la redacción desafortunada del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, como lo reconoce en la icónica radicación 5481, se ha quedado corta en su tarea de lograr plenitud epistemológica al no haber definido claramente cuándo un pago no es contraprestación directa, o cuál es la parte del salario susceptible de ser excluido como tal.

A juicio de esta Sala para poder entender y esclarecer este asunto es menester armonizar los artículos 127 y 128 del Código con otras normas del mismo sistema jurídico laboral, como son los artículos 1, 13, 14, 16, 18, 27, y 132.

Osamos como tribunal hacer este aporte recordando que el derecho es pensamiento aporético y trayendo a colación las “Memorables” de Jenofonte, en las que se cuenta la sorpresa de Sócrates por el hecho de que para aprender el oficio de zapatero o de carpintero, o de herrero o de escudero, o para domar un caballo o adiestrar un buey, se sepa en dónde encontrar un maestro, pero cuando se trata de la justicia, no se sepa a donde ir. Ver “¿Qué es la filosofía antigua?, Pierre Hadot, Fondo de Cultura Económica, México, año 2000, págs. 43 y 44.

Principiamos entonces esta explicación con el siguiente ejemplo, yendo al plano

rotundo de los hechos.

Ubiquémonos en el sector de la industria automotriz.

Pedro y Juan trabajan en unas fábricas de automóviles, en el ensamblaje de carros, con distintos propietarios y empleadores.

*El patrón de Pedro pacta contractualmente con él una “remuneración ordinaria”, **fija**, de un millón de pesos (\$ 1.000.000,00). El de Juan pacta una “remuneración ordinaria”, **variable**, de cien mil pesos (\$ 100.000,00) por carro ensamblado. Ambos tienen la misma jornada laboral de ocho (8) horas diarias, de lunes a viernes.*

Para aumentar la producción estos empleadores tienen varias opciones, entre ellas aumentar las horas de trabajo día. En este caso Pedro aumentaría su salario percibiendo sobrerremuneraciones por horas extras diurnas y nocturnas, recargos por tiempo nocturno, dominicales y festivos. Juan ganaría también estas sobrerremuneraciones, dominicales y festivos, más \$ 100.000,00, por cada carro ensamblado. En ambos casos se trabajaría después de la jornada máxima convenida, durante la noche, domingos y festivos.

Ningún pago de los anteriores se puede desalarizar puesto que es claro que hacen parte del núcleo esencial del salario, son contraprestación directa.

Otra opción de los empleadores de Pedro y Juan, y aquí nos acercáramos al concepto que avizoramos como contraprestación indirecta, sería crear incentivos económicos para aumentar el número de unidades ensambladas dentro del marco de la jornada ordinaria de trabajo, de 8 horas, mediante el pago de “beneficios o auxilios”, que pueden ser “habituales”, pueden ser para el beneficio del trabajador, para subvenir a sus necesidades, para enriquecer su patrimonio, pero no para que desempeñe a cabalidad sus funciones, pero que pueden alcanzar, y alcanzan, connotación salarial, ya que retribuyen el servicio, son contraprestación, no ya de manera directa.

Éstos últimos pagos son los que se pueden desalarizar.

También se pueden incluir aquí, lo dice expresamente el 128 al final “alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios, de navidad”.

*En nuestro sentir esos “beneficios o auxilios”, “habituales”, son contraprestación indirecta porque la directa ya está pagada con el \$ 1.000.000,00 que le entregan a Pedro por su “remuneración ordinaria”, **fija**, más horas extras diurnas, recargos nocturnos, dominicales y festivos, y con los \$ 100.000,00, que le dan a Juan por cada unidad ensamblada, como “remuneración ordinaria”, **variable**, más horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos.*

Pues bien, el derecho laboral y de la seguridad social constituye la almáciga más grande de los derechos constitucionales fundamentales, ya que tiene como principal oriflama la vida en condiciones de dignidad.

Véase que el derecho laboral y de la seguridad social tiene carácter de orden público porque las prerrogativas que concede son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley (CSTSS, art. 14). Por ser de orden público sus normas producen efecto general inmediato y aplicables a los contratos en curso (art. 16).

*El derecho laboral también es un derecho de **mínimos**, ya que sus disposiciones contienen el mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, y no produce efecto alguno cualquier disposición que los afecte o desconozca (art. 13).*

Para la interpretación de sus normas debe estarse a la finalidad expresada en el artículo 1, el de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social (art. 18).

No obstante, los derechos laborales también pueden acabarse o ser susceptibles de que se le pongan límites, cortapisas.

Por ejemplo, el empleador puede terminar unilateralmente el contrato de trabajo, cuando a bien lo tenga, en cualquier momento, debiendo indemnizar al trabajador (CSTSS, art. 64 (L. 789/2002)).

En cuanto a los límites, éstos pueden darse de común acuerdo, y son perfectamente válidos.

Por ejemplo, el empleador puede contratar por horas, por lapsos inferiores a la jornada máxima de 8 horas. Esto fue posible con la reforma que la Ley 50 de 1990 le hizo al artículo 147 del Código.

El empleador puede pactar con el trabajador que gane un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto vacaciones.

Lo anterior está contenido en la segunda parte del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, que modificó el 132 del Estatuto Laboral del sector privado en Colombia.

Y es a propósito de la primera parte del anterior cartabón legal la que nos permite elucidar la incerteza de qué es lo que realmente se puede desalarizar.

Esa primera parte expresa:

ART. 132. Subrogado L. 50/90, art. 18. FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACIÓN. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales. (Subrayas nuestras).

Pues bien, esta Sala advierte al rompe y a guisa de ejemplo, que esta libertad de estipulación del salario en sus diversas modalidades es la que permite, a renglón seguido, en la segunda parte de ese artículo 132, al trabajador renunciar a todo ese elenco de derechos laborales que allí se señalan.

Misma libertad de estipulación salarial que posibilita la fijación de una “remuneración ordinaria, fija o variable”, que debe ser respetada, así como debe también respetarse el salario mínimo legal mensual.

*Esta “remuneración ordinaria, fija o variable”, es lo que el Código denomina **salario ordinario**.*

Todo el salario ordinario, en un ciento por ciento, es contraprestación directa del servicio y no se puede desalarizar.

Entonces, tanto vale no desalarizar el salario mínimo legal mensual, como el salario que libremente se estipule, como “remuneración ordinaria, fija o variable”.

Fíjese, y vamos avanzando en el esclarecimiento del tema, que lo que se establece como salario en especie dentro del total del salario mínimo legal (hasta el 30%), y dentro de la “remuneración ordinaria, fija, o variable”, no se puede desalarizar. Únicamente se podrá desalarizar el valor del salario en especie que esté por encima, o por fuera de los anteriores conceptos.

En esta misma línea, no se puede desalarizar el valor correspondiente a horas extras diurnas, recargo por tiempo nocturno, horas extras nocturnas, dominicales y festivos, porque es trabajo dependiente que debe ser remunerado (CSTSS, art. 27), porque se trata de más tiempo trabajado, de un hacer adicional, de más horas de trabajo físicamente laboradas, que deben recibir “contraprestación directa.” Así tampoco los porcentajes sobre ventas o comisiones, cualquiera que sea su monto, por idénticas razones.

Entonces, hilando como venimos, todo trabajo efectivamente prestado recibe como contraprestación directa, por libre estipulación de empleador y trabajador una “remuneración ordinaria, fija o variable”, que el Código denomina salario ordinario (CSTSS, arts. 173, 192). Y todo trabajo “efectivamente prestado” por fuera de la jornada máxima legal o convenida deberá recibir como contraprestación directa, porque es trabajo realizado en la práctica, sobrerremuneración por horas extras diurnas, recargos por tiempo nocturno, horas extras nocturnas, dominicales y festivos.

Por ende, como el trabajo efectivamente prestado ya fue pagado, ya recibió su contraprestación directa con lo percibido por salario ordinario, y por las sobrerremuneraciones derivadas de tiempo suplementario, trabajo nocturno, trabajo en dominicales y festivos, sólo es susceptible de ser desalarizado lo que se perciba el trabajador, le caiga, por encima de estos mínimos de la ley, como por ejemplo, alimentación, habitación, vestuario, primas extralegales, de vacaciones, de servicios, de navidad, y los pagos extralegales “habituales”, que benefician al trabajador, enriquecen su patrimonio, subvienen a sus necesidades.

Contraprestación directa es pues el pago de lo que se hace, de lo hecho, de la transmisión efectiva de fuerza de trabajo, es correlación necesaria de lo que se debe por lo que se hace.

Corolario entonces de todo lo expuesto aquí en precedencia, conforme con la hermenéutica sistemática que hace la Sala a los artículos 127, 128 y 132, en armonía con los artículos 1, 13, 14, 16, 18 y 27, todos del CSTSS, se pueden desalarizar:

1. Pagos que constituyen contraprestación directa pura del servicio, representados en alimentación, habitación y vestuario, por permitirlo expresamente el legislador laboral, al final del 128, y;
2. Pagos que constituyen contraprestación indirecta del servicio, por cuanto el trabajo efectivamente prestado ya recibió su contraprestación directa, representada en el salario ordinario, y, se itera, por las sobrerremuneraciones derivadas de tiempo suplementario, trabajo nocturno, trabajo en domingos y

festivos, en porcentajes por ventas y comisiones. Esta contraprestación indirecta siempre será extralegal, por encima de los “mínimos” de ley, y se insertan en la segunda parte del artículo 128 actual, que reza “(...) ni los beneficios o auxilios habituales ... otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario (...)”. Hemos resaltado.

Finalmente, en este orden de ideas véase que el salario en especie puede obrar doblemente, (i), como contraprestación directa del servicio, por ministerio de la ley, porque el artículo 129 expresamente dice que constituye salario en especie “(...) aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente ...”, (ii) como pago susceptible de exclusión salarial, por voluntad de las partes.

Los “beneficios o auxilios”, inclúyase bonificaciones, otorgados por el empleador, o convenidos por las partes, son siempre de nivel extralegal y adquieren connotación salarial cuando son “habituales”, permanentes. Son per se pasibles de ser desalarizados.

Los ocasionales son el ejemplo típico de lo que no es salario (128) y es ininteligible porque el legislador los incluyó en la segunda parte de la misma disposición, salvo que sea para desalarizar, por descarte o por si acaso.

Por supuesto que cabe incluir como pago susceptible de exclusión salarial, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios, de navidad, por cuanto por pacto o convención colectiva pueden obtener tal dimensión.

Y así terminamos esta elucubración recordando a Borges cuando dice que el único texto definitivo es el texto sagrado, que en lo demás siempre haremos borradores.

Del caso concreto

(...)

En el caso en ciernes, 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 Cláusula Cuarta del contrato de trabajo, explicándosele al trabajador sus condiciones, 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 folios 13 a 21 del expediente milita copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en cuya cláusula cuarta se estableció una remuneración mensual que estaría conformada por dos factores: por un lado un salario ordinario, que para la fecha de la liquidación del contrato ascendía a \$ 1.660.586,00, y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada que para la misma fecha valía \$ 747.273,00 (fl. 62), pero que había empezado al firmarse el contrato en \$ 1.307.847,00 y \$ 588.541,00 (fl. 13), respectivamente.

En la referida cláusula se dispuso que tal bonificación dependería de “(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).” Hemos resaltado.

Más adelante se señala que dicha bonificación “(...) no hace parte de la remuneración ordinaria. En consecuencia, esta bonificación no integrará 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 será tomada 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”.

En este orden de ideas y conforme con lo hilvanado argumentativamente en esta providencia, esta bonificación constituye contraprestación indirecta del servicio, por cuanto el trabajo efectivamente prestado ya recibió su contraprestación directa, representada en el salario ordinario, y, se itera, por las sobrerremuneraciones derivadas de tiempo suplementario, trabajo nocturno, trabajo en domingos y festivos. Es contraprestación indirecta, extralegal, por encima de los “mínimos” de ley, y se insertan en la segunda parte del artículo 128 actual, que reza “(...) ni los beneficios o auxilios habituales ... otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario (...)”.

Se trata de “beneficios o auxilios”, otorgados por el empleador, o convenidos por las partes que adquieren connotación salarial cuando son “habituales”, permanentes. Son per se pasibles de ser desalarizados.

Es claro para el Tribunal, como lo dice la apoderada de CBI en su contestación de demanda, que el susodicho pago no tenía su causa próxima e inmediata en el trabajo que hiciera o dejara de hacer el trabajador, sino que estaba sometida a la ocurrencia de hechos enteramente inciertos y ajenos a la voluntad y al trabajo mismo del trabajador, como lo eran las ausencias de “fatalidades”, o con cuestiones previas a la prestación personal del servicio, como “llegar, o llegar a tiempo”.

Y en cuanto a la preocupación de primera instancia respecto de la supuesta incoherencia por su doble carácter, esto es, a la vez, factor salarial para liquidar unos derechos y otros no, la Sala responde que quien puede lo más puede lo menos, es decir, que el empleador, respecto de un pago desalarizable en su totalidad, como ha quedado explicado en este fallo, puede optar también para exclusiones en menor medida o parcelables.

Este pacto, a la luz del entendimiento que le hemos dado al sistema jurídico laboral, es totalmente eficaz, ya que se trataba de un pago extralegal que está por encima y por fuera de la “remuneración ordinaria, fija ...”, o salario ordinario, en términos constitucionales, “remuneración mínima, vital y móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”, como lo dice la sentencia 64.255, del 17 de julio de 2019.

Limitar la posibilidad de que las partes efectúen este tipo de convenios siempre y cuando no se violenten los “mínimos” de ley, impediría que los empleadores concedieran prerrogativas superiores a las legales y cercenaría el derecho a la libre estipulación del salario en sus diversas modalidades (132).

Claro está, no puede perderse de vista que la eficacia de estos pactos depende del análisis de las condiciones de cada caso en particular y de las pruebas traídas al proceso.

Se concluye pues que la bonificación establecida en la cláusula cuarta del contrato de trabajo suscrito entre los litigantes es per se susceptible del pacto de exclusión salarial, ...

En relación con el Incentivo a la Productividad del Proyecto caben las mismas razones anteriores para hacerlo también susceptible de desalarización, ya que depende de un factor de productividad igual o superior al 0.7 y que el trabajo durante las diferentes jornadas durante ese mes se haya adelantado sin interrupción o disturbios constatados por el Ministerio del Trabajo.

(...)”

Ahora sí, veamos el caso de HERNANDO
VILORIA MEJÍA, o, caso concreto, o, presente
caso

El criterio precedente, se reitera, el fijado en el fallo de LEONAR DELGADO RUÍZ contra CBI COLOMBIANA S.A., radicación 13001-31-05-002-2014-00247-02, proferido el 22 de septiembre de 2020, se aplicará por vía analógica al presente caso dado que, como se verá renglones abajo, se trata del mismo patrón fáctico.

Por tanto, esta Sala de Decisión rectifica cualquier criterio dado en sentido contrario.

Conviene agregar que ya la CSJ, Sala de Casación Laboral, tuvo oportunidad de tocar el tema de la bonificación de asistencia HSE de CBI, precisamente en el caso de OSMIRO CASTILLO MARRUGO, dentro del cual, si bien es cierto se llegó a la misma conclusión nuestra, de que el pacto de exclusión salarial es válido en estos casos, pero con una argumentación que no coincide totalmente con la del Despacho, se interpuso tutela contra este Tribunal por dicha decisión adversa a sus intereses.

En la radicación STL11582 de 2020 la alta corporación a través de su Sala de Casación Laboral adoctrinó que la posición fijada por este Tribunal en el referido evento no resultaba **“descabellada”**, antes por el contrario estimó que la misma **“se edificó en el acervo probatorio, las normas sustanciales que regulan el asunto y la jurisprudencia asentada por esta Sala de Casación y la Corte Constitucional sobre la interpretación del artículo 128 del CST que condujo al Tribunal a concluir que el pacto de exclusión salarial del bono de asistencia celebrado ente las parte en conflicto era válido, pues con él no se pretendió quitar el carácter de salario a un pago que por esencia tenía esa naturaleza, sino excluir el mismo de la base para liquidar trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo”**. Negrilla fuera del texto original.

Pues bien, en el presente caso, o caso en ciernes, no existe controversia en torno a que el “Bono de asistencia” fue ofrecido por CBI al accionante, de acuerdo con la Cláusula Cuarta del contrato de trabajo, explicándosele al trabajador sus condiciones, las cuales fueron aceptadas de forma voluntaria, ya que en la demanda nunca se alegó la existencia de un vicio en el consentimiento.

Obsérvese que a folios 10-18 del expediente digitalizado milita copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en cuya Cláusula Cuarta se estableció una remuneración mensual que estaría conformada por dos factores: por un lado un salario ordinario, que para la fecha de inicio del contrato ascendía a \$ 1.442.038 y por el otro, una bonificación de asistencia condicionada que para la misma fecha valía \$648.928 (fl. 10).

En la referida cláusula se dispuso que tal bonificación dependería de “(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).”

Más adelante se señala que dicha bonificación **“(…) no hará parte de la remuneración ordinaria. En consecuencia, esta bonificación no integrará 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 será tomada 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”.

En este orden de ideas y conforme con lo hilvanado argumentativamente en esta providencia, esta bonificación constituye contraprestación indirecta del servicio, por cuanto el trabajo efectivamente prestado ya recibió su contraprestación directa, representada en el salario ordinario, y, se itera, por las sobre remuneraciones derivadas de tiempo suplementario, trabajo nocturno, trabajo en domingos y festivos. Es contraprestación indirecta, extralegal, por encima de los “mínimos” de ley, y se insertan en la segunda parte del artículo 128 actual, que reza “(...) ni los beneficios o auxilios habituales ... otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario (...)”.

Se trata de “beneficios o auxilios”, otorgados por el empleador, o convenidos por las partes que adquieren connotación salarial cuando son “habituales”, permanentes.

Tales “beneficios o auxilios” son *per se* pasibles de ser desalarizados.

Es claro para el Tribunal, que el susodicho pago no tenía su causa próxima e inmediata en el trabajo que hiciera o dejara de hacer el trabajador, sino que estaba sometida a la ocurrencia de hechos enteramente inciertos y ajenos a la voluntad y al trabajo mismo del trabajador, como lo eran las ausencias o retiros injustificados.

Y aclara la Sala que quien puede lo más puede lo menos, es decir, que el empleador, respecto de un pago desalarizable en su totalidad, como ha quedado explicado en este fallo, puede optar también para exclusiones en menor medida o parcelables.

Se reitera, que este pacto, a la luz del entendimiento que le hemos dado al sistema jurídico laboral, es totalmente eficaz, ya que se trataba de un pago extralegal que está por encima y por fuera de la “remuneración ordinaria, fija ...”, o salario ordinario, en términos constitucionales, “remuneración mínima, vital y móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”, como lo dice la sentencia 64.255, del 17 de julio de 2019.

Repetimos: Limitar la posibilidad de que las partes efectúen este tipo de convenios siempre y cuando no se violenten los “mínimos” de ley, impediría que los empleadores concedieran prerrogativas superiores a las legales y cercenaría el derecho a la libre estipulación del salario en sus diversas modalidades.

Claro está, no puede perderse de vista que la eficacia de estos pactos depende del análisis de las condiciones de cada caso en particular y de las pruebas traídas al proceso.

Sobre este punto conviene traer a colación el recientemente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia SL 2018 de 2021, en donde se ventiló la naturaleza salarial del denominado “bono de asistencia”, y decidió no casar la sentencia que había resultado a favor las pretensiones del demandante y que son semejantes a las aquí dilucidadas, sin embargo, dicho pronunciamiento no contiene el mismo patrón factico de la presente acción. En similar sentido lo sostuvo la Sala 3° de decisión de este Tribunal, de la cual hace parte el suscrito dentro del proceso 13001-31-05-002-2015-00338-01 promovida por Fredy José Escobar Castillo contra CBI:

“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.”

Así las cosas, como quiera que la pretensión de la demanda era la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social, por la inclusión del bono de asistencia en la liquidación del trabajo suplementario, y como consecuencia prestaciones sociales, dado que esta Sala ha concluido que esa exclusión tuvo como fundamento un pacto de desalarización que es eficaz, no hay lugar a las súplicas de la demanda y en tal sentido se revocará la sentencia de primer grado.

Por sustracción de materia, no se estudiará el tema apelado por la apoderada de la parte demandante sobre las prescripciones, pues recordemos que conforme con precedentes que vienen de antaño, para que se declare probada una excepción de mérito es menester declarar primero la existencia de derecho. Si el derecho no existe no hay nada que matar. Se mata lo que existe. Entonces, como en el presente caso, se demostró que no hay derecho a la reliquidación solicitada, la absolución se impone, no habiendo lugar a declarar probada la excepción de prescripción, por lo que deberá revocarse la declaratoria de prescripción.

Igualmente, tampoco se estudiará el tema relativo a la indemnización moratoria y responsabilidad solidaria de Reficar S.A.

Esta Sala entonces se dispondrá a, (i) revocar el ordinal Primero de la sentencia, mediante el cual se declara la condición de salario ordinario de la bonificación de asistencia, (ii) revocar el ordinal tercero que condena al pago de diferencias salariales y prestacionales debido a la inclusión de la bonificación de asistencia para su liquidación, (iii) revocar el ordinal cuarto que condenaba a la cotización a la AFP sobre las diferencias de salario, (iv) revocar el ordinal quinto que condena al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, (v) revocar el ordinal sexto mediante el cual se condena a Reficar S.A. como responsable solidaria, y (vi) revocar el ordinal octavo mediante el cual se condena en costas a las demandadas, para en su lugar absolverlas de estos conceptos.

Se revocará parcialmente el ordinal segundo en el sentido de no tener como probada la excepción de prescripción, pues no se encontró probado el derecho. En todo lo demás, se confirmará la sentencia de primer grado.

Costas a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de tres (3) salarios mínimos legales mensuales.

DECISIÓN,

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR los ordinales Primero, Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto, y Octavo de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020 por el Juzgado Cuarto

Laboral de este Circuito Judicial, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **HERNANDO VILORIA MEJÍA** contra **CBI COLOMBIANA S.A. Y REFICAR S.A.**, y, en consecuencia, **ABSOLVER** a las demandadas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. REVOCAR parcialmente el ordinal segundo de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral de este Circuito Judicial, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **HERNANDO VILORIA MEJÍA** contra **CBI COLOMBIANA S.A. Y REFICAR S.A.**, en el sentido de **no declarar probada la excepción de prescripción sobre diferencias salariales y prestacionales causadas durante la relación laboral reconocidas y pagadas a 28 de marzo de 2014.**

TERCERO. En todo lo demás **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral de este Circuito Judicial, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **HERNANDO VILORIA MEJÍA** contra **CBI COLOMBIANA S.A. Y REFICAR S.A.**

CUARTO. COSTAS a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,



LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado ponente



CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
Magistrado Sala Laboral

(Con ausencia justificada)
FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado

Firmado Por:
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: **89d72b5fddf34fb8179edba2cb3edadd47a7f2862b374e9e41e59e7ac7988615**

Documento generado en 18/11/2022 04:05:26 PM

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