



EDICTO

El suscrito secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por medio del presente Edicto notifica a las partes la sentencia proferida dentro del proceso radicado bajo el numero 13001310500120160060901

MGISTRADO (A) PONENTE: DR. FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
CLASE DE PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: HARRYSON PEÑA SILVA
DEMANDADO: C.B.I. COLOMBIANA S.A.
FECHA DECISIÓN: 28/04/2022

El presente EDICTO se fija en la página web de la rama judicial en el espacio asignado a esta Secretaría, por un (1) día hábil hoy 29/04/2022 a las a las 8:00 a. m., de conformidad con lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 ibidem. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

**GUSTAVO ADOLFO OLIVER MONTAÑO
SECRETARIO**

CONSTANCIA: el anterior edicto permaneció fijado por el término legal y se desfija hoy 29/04/2022 a las 5:00 p. m.

**GUSTAVO ADOLFO OLIVER MONTAÑO
SECRETARIO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA

SALA LABORAL

SALA CUARTA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: **FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA**

PROCESO: ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HARRYSON PEÑA SILVA

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

RADICACIÓN: 13001-31-05-001-2016-00609-01

ASUNTO: Apelación de sentencia

TEMA: Bono de asistencia, bono de disponibilidad y prima técnica.

Cartagena De Indias D.T. y C, veintiocho (28) de abril del año dos mil veintidós (2022).

CUESTIÓN PREVIA

Conforme al Decreto 806 de 2020, y los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020 respectivamente, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, para cerrar la instancia, la Sala Cuarta de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena conformada por los magistrados FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA, como ponente, JOHNNESY LARA MANJARRES, con ausencia justificada y MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO, se integraron a fin de debatir y proferir el siguiente la siguiente **SENTENCIA** de manera escrita:

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

HARRYSON PEÑA SILVA, presentó demanda ordinaria laboral admitida mediante auto de diecinueve (19) de enero de 2017, en donde solicitó se declare la existencia de un contrato de trabajo con CBI COLOMBIANA S.A desde el 11 de abril de 2012 hasta el 5 de agosto de 2015; el carácter salarial de la bonificación de asistencia, bonificación de asistencia y cumplimiento de normas y políticas de HSE, bonificación por alimentación, incentivo de progreso, incentivo HSE convencional, prima técnica y auxilio de transporte. Igualmente requirió se declare que la bonificación por disponibilidad correspondía a la remuneración por horas extras efectivamente laboradas. En consecuencia, se condene a la demandada y solidariamente a REFICAR a la reliquidación del salario, prestaciones sociales, vacaciones disfrutadas en tiempo, la indemnización por despido injusto y los aportes en pensión; a la cancelación de la indemnización moratoria del artículo 65 CST; a la devolución de los descuentos efectuados y la indexación.

1.2. HECHOS DE LA DEMANDA

Como soporte de sus pretensiones, el demandante, dijo en síntesis que laboró para CBI COLOMBIANA S.A, desde el 11 de abril de 2012 hasta el 5 de agosto de 2015, bajo un contrato a término indefinido y en el cargo de conductor o chofer. Indicó que laboró de lunes a sábado, generando horas extras ordinarias, que eran canceladas a través de un bono denominado, bonificación por disponibilidad diurna, el cual no era tenido en cuenta para pagar salarios y prestaciones sociales.

Señaló que durante la relación laboral además de su remuneración mensual recibía como contraprestación directa de los servicios, la bonificación de asistencia, bonificación de asistencia y cumplimiento de normas y políticas de HSE, bonificación por alimentación, incentivo de progreso, incentivo HSE convencional, prima técnica y auxilio de movilización, sin embargo, tales emolumentos no se tenían en cuenta para la liquidación de los recargos por trabajo suplementario, nocturnos, dominicales, festivos y las vacaciones disfrutadas en tiempo, lo cual también ocasionó afectaciones en el cálculo y pago de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social. Por último, refirió que las codemandadas eran solidariamente responsables en virtud de lo establecido en el artículo 34 del CST.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CBI COLOMBIANA S.A: El escrito de contestación fue admitido mediante auto de fecha 18 de septiembre de 2018. Aceptó la existencia del contrato de trabajo. Se opuso a las pretensiones de la demanda, dado que cumplió todas sus obligaciones laborales al momento de la finalización del vínculo laboral. Precisó que la bonificación de asistencia, bonificación por alimentación, incentivo de progreso, incentivo HSE convencional, prima técnica y auxilio de movilización, no eran percibidos como contraprestación directa de los servicios. Frente al bono por disponibilidad diurna, indicó que no es viable catalogarlo como erradamente lo solicitó el actor, pero que sí posee la alegada naturaleza salarial. Propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de las obligaciones, prescripción y la innominada o genérica.

REFICAR S.A: Se opuso a las pretensiones de la demanda, por no estar dirigidas a ella, no ser la empleadora del demandante y no darse los presupuestos para declarar la solidaridad alegada. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada. Llamó en garantía a CONFIANZA S.A y LIBERTY SEGUROS S.A.

LIBERTY SEGUROS S.A: No se opuso ni aceptó las pretensiones de la demanda, por resultar ajena a los intereses de la empresa aseguradora. Propuso las excepciones de inexistencia de solidaridad, improcedencia de incluir el bono de asistencia en la liquidación de trabajo suplementario, recargos nocturnos, dominical, festivo, vacaciones; inexistencia de la sanción moratoria del artículo 65 del CST; prescripción y la genérica. Con relación al llamamiento se opuso a las pretensiones por no existir cobertura frente a todas las peticiones del demandante. Formuló las excepciones de falta de cumplimiento de los requisitos para afectar la póliza, la responsabilidad indemnizatoria no podía constituirse en fuente de enriquecimiento, improcedencia del pago del siniestro y de la sanción moratoria.

CONFIANZA S.A: En cuanto a la demanda manifestó no constarle ninguno de los hechos allí plasmados. Frente al llamamiento en garantía, estableció que se oponía a todas las pretensiones, advirtiendo que en la póliza no cubre la

indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST y la contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, así como tampoco obligaciones derivadas de pactos extralegales, colectivos o convencionales; bonificaciones, aportes a seguridad social integra, horas extras, recargos o trabajos suplementarios, intereses, indexación, costas, reintegros laborales y sus consecuentes prestaciones. En su defensa formuló las excepciones de ausencia de cobertura de los hechos y pretensiones de la demanda, existencia de coaseguro, no cobertura de las vacaciones y máximo valor asegurado

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, al que le correspondió su conocimiento, puso fin a la primera instancia con sentencia de fecha seis (6) de marzo de 2020, por medio de la cual declaró que el bono de disponibilidad correspondía al pago de las horas efectivamente laboradas por el demandante durante la vigencia del contrato de trabajo, por lo que ostenta el derecho a que se reliquiden las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta esta bonificación. Así mismo, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y la ausencia de cobertura de la indemnización moratoria. Condenó a CBI COLOMBIANA S.A. y solidariamente a REFICAR S.A a cancelar la suma de \$2.620.280 por concepto de reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones; y al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST. Ordenó a las llamadas en garantía a responder únicamente por las condenas impuesta sobre las acreencias laborales. Condenó en costas a las demandadas, a LIBERTY SEGURO S.A. y CONFIANZA S.A. Absolvió de las restantes pretensiones.

Basó su decisión en que la interpretación del artículo 127 y 128 del CST, de acuerdo a la voluntad legislativa, consiste en permitirle a las partes la posibilidad de excluir como factor salarial ciertos pagos, propugna por el respeto de la voluntad de los intervinientes y el fortalecimiento del convenio colectivo. Atendiendo a dichos supuestos normativos, estableció que tanto la bonificación de asistencia que se encontraba regulada en la cláusula cuarta del contrato de trabajo, como los incentivos que tenía su fuente en la convención colectiva, tales como el incentivo de progreso, incentivo HSE, auxilio de alimentación, auxilio mensual de transporte y la prima técnica, no tenían incidencia salarial, al no ser percibidos como contraprestación directa de los servicios.

Frente al bono de disponibilidad, estableció que encontró demostrado con las pruebas documentales aportadas y el testigo, que lo remunerado por este concepto correspondía a las horas extras laboradas por el demandante, por lo que era procedente la reliquidación de las prestaciones sociales y las vacaciones. Así determinó que estaba acreditado la mala fe de CBI COLOMBIANA S.A. y que REFICAR S.A. era solidariamente responsables por las condenas impuesta. Finalmente aclaró que la póliza suscrita con las aseguradoras no cubría la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

3. RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE: interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, indicando que al haberse establecido por el juez de primera instancia que el bono de disponibilidad correspondía efectivamente a las horas extras, se debió ordenar la reliquidación del trabajo suplementario, toda vez que

dicho concepto se canceló atendiendo un valor fijo y como si fuera una hora ordinaria, y no como una hora extra; lo anterior conllevaría a que igualmente se generaran diferencias en las prestaciones sociales, salario y aportes a seguridad social.

En lo concerniente a la prima técnica, estableció que si bien se encuentra estipulada en la convención colectiva de trabajo; lo cierto es que no se realizó una explicación o la finalidad de dicho pago, lo cual generaría que se tuvieran en cuenta como salario. Por último, indicó que la bonificación de asistencia, remuneraba directamente el servicio prestado; en donde la cláusula de exclusión salarial no era válida, toda vez que CBI COLOMBIANA S.A., no tenía la competencia para establecer que un pago recibido como contraprestación, no tendría incidencia salarial; pero que en todo caso en el anexo 1 de la convención colectiva no se indicó de manera expresa que dicha bonificación no tendría tal connotación, omitiéndose realizar referencia alguna. Por lo anterior requirió la reliquidación de las horas extras, la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria.

CBI COLOMBIANA S.A., presentó recurso de alzada solicitando que sea revocada la sentencia de primera instancia. Como soporte de sus requerimientos manifestó que el juez unipersonal realizó un análisis errado de las documentales allegadas al proceso para efectos de establecer la naturaleza salarial del bono por disponibilidad, pues en dicho medio probatorio no se reflejaba las horas laboradas por el accionante, sino el número de actividades ejecutadas; además que contiene diversos códigos que corresponde a los servicios que se presentaron en horas ordinarias, suplementarias, nocturnas, diurnas, dominicales y/o festivos.

Explicó que las horas en que el demandante estuvo disponible, no equivale en su totalidad al tiempo en el cual se encontraba prestando el servicio, imposibilitando la declaratoria de correspondencia entre el bono de disponibilidad y las horas extras. Máxime cuando lo que se demostró en el proceso es que a pesar de haberse pactado que era un pago no salarial, el mismo sí se tuvo en cuenta al momento de reconocer las acreencias laborales.

De manera subsidiaria pide que se revise los montos, pues reitera que el bono por disponibilidad se tuvo en cuenta para liquidar las prestaciones sociales. Puntualizó que no se encuentra demostrado la mala fe, dado que no se puede afirmar que se desnaturalizó el pago de las horas extras, al tener el convencimiento de que estaba reconociendo un bono durante los tiempos en los cuales el demandante no estaba prestando el servicio, por lo que nunca tuvo la intención de disfrazar las horas extras.

REFICAR S.A.; elevó recurso de apelación requiriendo que se revoque la condena impuesta de manera solidaria, dado que las actividades de las codemandadas no son afines, pues está acreditado que dicha entidad no ejerce labores de construcción de refinerías, al dedicarse al procesamiento y comercialización de hidrocarburos y operación de refinerías. Sumado a que no se encuentra demostrado que las funciones desempeñadas por el accionante como conductor hagan parte del giro ordinario de las actividades de Reficar.

Indicó que, no se cumplían con los requisitos del artículo 34 del CST, al no acreditarse la calidad de contratista independiente de CBI COLOMBIANA S.A. y la de REFICAR S.A. como beneficiario de la obra, pues no se evidencia la existencia de un precio determinado, sino por costos reembolsables. Que las llamadas en garantía deben cubrir la totalidad de las condenas impuesta, incluyendo a la sanción

moratoria del artículo 65, dado que se deriva del incumplimiento de las obligaciones de CBI COLOMBIANA. Por último, solicita la revisión del valor de las condenas impuestas, pues estiman que son inferior a las impuestas.

CONFIANZA S.A.; presentó recurso de apelación en contra del numeral tercero y todas las le sean desfavorable a la garante. Fundamentó su petición en que la bonificación de asistencia no tiene incidencia salarial, al ser un pago de naturaleza extralegal, que se encuentra condicionado, cuya finalidad no estaba relacionada con la prestación del servicio. Frente a la solidaridad, determinó que dentro del *sub-examine* no se encuentra acreditada la misma, al no existir similitud en las actividades desarrolladas por las codemandadas. Finalmente, en lo relacionado con las costas, indicó que, al ser llamado en garantía, no puede imponerse condenas por este concepto, por cuanto el mismo no se encuentra cubierto en la póliza.

LIBERTY S.A.; interpuso recurso de apelación, alegando que dentro del expediente no se encuentran demostrados los requisitos del artículo 34 del CST, al no desarrollar las demandadas al mismo objeto de social de manera permanente. Sostuvo que la póliza no ampara el bono de disponibilidad, al ser un pago extralegal, el cual se encuentra excluido expresamente.

4. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Los alegatos remitidos por parte de la Secretaría de esta Sala fueron leídos y tomados en cuenta para tomar la presente decisión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda fue presentada en forma legal, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal para resolver el asunto objeto central del presente litigio.

6. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos a resolver de acuerdo a las razones expuestas en el recurso de apelación, giran en torno a determinar (i) si el bono de asistencia y la prima técnica, tienen incidencia salarial, en caso de ser así se debe establecer si es procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, el trabajo suplementario y demás acreencias laborales (ii) si el bono de disponibilidad tenía connotación salarial y se tuvo en cuenta para liquidar o no las acreencias laborales. Así mismo, se establecerá si hay lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y si REFICAR S.A. es solidariamente responsable

7. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR LA TESIS DE LA SALA

- Artículo 127 y 128 del CST
- Sentencias del 12 de febrero de 1993 con rad. N° 5481, CSJ SL, 10 dic. 1998, rad. 11310, de 5 de febrero de 1999, Rad. No. 11389, del 24 de agosto de

2000, Rad. No. 13985, del 7 de septiembre de 2010, Rad. No. 37970, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475, CSJ SL 1101-2019, SL2707-2019, SL172-2019CSJ SL 1360 de 2018, CSJ SL3772-2018, CSL SL2586-2020, CSJ SL12220-2017, CSJ SL2088-2018, CSJ SL 1798-2018, CSJ SL2067-2019, CSJ SL 4313-2020, CSJ SL3886-2020, CSJ SL177-2020, CSJ SL5328-2019, CSJ SL4970-2019 y CSJ SL3266-2018

8. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que la presente decisión estará en consonancia con las materias objeto de apelación, de conformidad con el artículo 66 A del CPTSS, adicionado por la Ley 712 de 2001 y que a estas alturas del proceso está por fuera de la controversia, la existencia de un contrato de trabajo entre HARRYSON PEÑA SILVA y CBI COLOMBIANA S.A, desde el 11 de abril de 2012 hasta el 5 de agosto de 2015

8.1. De la incidencia salarial del bono de asistencia

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 127 del CST, es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio y ciertamente, por regla general todos los pagos que recibe el trabajador por su actividad subordinada son salario a menos que se trate de los siguientes: i) Prestaciones sociales, ii) Sumas recibidas en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad sus funciones, iii) Sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador, iv) Pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo y v) Beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario, conforme al artículo 128 del CST y la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencias CSJ SL12220-2017, CSJ SL2088-2018, CSJ SL 1798-2018 y CSJ SL2067-2019)

Frente a la última excepción, consagrada en el inciso final del citado artículo 128 del CST, esto es, la posibilidad de las partes de poder disponer qué beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, no constituyen salario, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha sido abundante la jurisprudencia sobre el alcance, específicamente las sentencias del 12 de febrero de 1993 con rad. N° 5481, CSJ SL, 10 dic. 1998, rad. 11310, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475, CSJ SL 1101-2019, SL2707-2019, SL172-2019, CSJ SL 4313-2020, SL3886-2020, SL177-2020, SL5328-2019, SL4970-2019 y CSJ SL3266-2018, de las cuales esta Sala sin mayor hesitación extrae las conclusiones que pasan a detallarse:

1. Es salario todo pago que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios.

1. No es posible para las partes en la relación de trabajo a la luz del artículo 128 del CST, despojar de naturaleza salarial un pago que por esencia lo es.

1. El artículo 128 del CST habilita a las partes a establecer beneficios con exclusión salarial, potestad no absoluta, cuando recaiga sobre beneficios extralegales (pagos adicionales al salario básico) y no desconozcan derechos laborales, limitada a dos

eventos: (i) para señalar que no es salario pagos no retributivos directamente del servicio, o (ii) para señalar que pagos aun siendo retributivos del servicio y sin que pierdan ese carácter, no tengan incidencia en la liquidación y pago de otras acreencias laborales. Tal como también concluyó el A quo.

Interpretación que en palabras de la Corte no resulta “descabellada” y por el contrario, acorde a la jurisprudencia asentada por la Sala de Casación en materia laboral sobre la interpretación del artículo 128 del CST, tal como señaló en sentencia STL11582-2020, al estudiar una tutela contra la Sala Tercera de este tribunal. Postura que ha sido adoptada por la mayoría de esta Sala en decisiones pretéritas a partir del 11 de marzo de 2021.

Así las cosas, en claridad sobre el alcance del artículo 128 del CST, corresponde al juez laboral, individual o plural, en cada caso, para la determinación del carácter salarial de un pago extralegal, verificar: (i) que el pago realizado por el empleador retribuya directamente el servicio para el cual fue contratado el trabajador; (ii) que sea habitual (presupuesto que contrario a lo manifestado por el demandante en su recurso, por sí solo no es determinante para declarar la naturaleza salarial de un pago, pero su ausencia hace considerarlo un pago ocasional y por ende despojado de aquella naturaleza); y (iii) que no exista un pacto o régimen salarial de exclusión. Pues en caso de existir, resulta imprescindible estudiar si el mismo se adecua a las hipótesis de la conclusión vertida en el numeral 3, analizando las condiciones de cada caso en particular y de las pruebas traídas al proceso, pues de lo contrario, estará forzado a declarar la ineficacia de la disposición en atención al mandato establecido en el artículo 43 del CST.

Al revisar el expediente se observa que las partes pactaron en el contrato de trabajo, y la política salarial de REFICAR, la cual hace parte integrante del respectivo contrato de acuerdo a la cláusula C; que el demandante tendría como remuneración una asignación básica y una bonificación mensual cuya causación estaría determinada por dos indicadores (i) el aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo y (ii) el desempeño del empleado y de su equipo de trabajo en las disposiciones de higiene, salud y medio ambiente (HSE), la cual no integraría la base de liquidación de ninguna acreencia que tenga como referencia la remuneración o salario ordinario, específicamente, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, mientras que sería tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales – cesantías, intereses y primas de servicio, aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero. También se acordó que de llegar a causarse sería calculada y pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio.

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

A su turno, como ya se dijo, viene acreditada la **exclusión del bono** de HSE y cumplimiento o llamado bono de asistencia, de la base de liquidación de ciertos estipendios, exclusión que a juicio de esta Corporación, tal como fue redactada no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, sino que se determinó que, el bono de asistencia no integraría la base de liquidación para la remuneración de recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, lo cual se acompasa a una de las hipótesis de desalarización enseñadas por la jurisprudencia, esto es, a pesar de ser retributivo del servicio, no se desconoció la naturaleza salarial del pago, sino que se determinó no tenerlo en cuenta para ciertos pagos (trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo).

En este orden de ideas, conviene precisar que la convención colectiva de trabajo, reguló la bonificación de asistencia o bonificación de HSE y cumplimiento en el artículo 14, en donde se indicó sólo una modificación de los porcentajes contenido en la política salarial, lo cual conlleva a concluir que dicha normatividad convencional no cambio la regulación primigenia de dicho incentivo, esto es, la política salarial, la cual hace parte integrante del contrato de trabajo, por consiguiente, el pacto de exclusión salarial se encontraba vigente.

Sumado a lo anterior, la exclusión se hizo frente a los conceptos de menor incidencia, por el contrario, la bonificación si era tenida en cuenta para el cálculo de prestaciones sociales (cesantías, intereses y primas de servicio), aporte a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero, conceptos a todas luces de mayor notabilidad.

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

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

Por todo lo anterior, se encuentra demostrado que el pago por bonificación por asistencia era retributivo del servicio, se daba de manera habitual, pero a pesar de su carácter retributivo, el instrumento que lo consagró (contrato de trabajo- política salarial) no desconoció el carácter salarial del pago, sino que lo excluyó de la base de

liquidación del trabajo suplementario y las vacaciones disfrutadas en tiempo, lo cual es permisible a la luz de la interpretación enseñada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al alcance de la parte final del artículo 128 del CST, esta Sala concluye que el pacto resulta válido y vinculante para ambas partes, imponiéndose confirmar la decisión absolutoria dada en primera instancia.

8. 2 De la incidencia salarial de la prima técnica

Pues bien, en la cláusula 12 de la Convención Colectiva suscrita entre la Unión Sindical Obrera "USO" Subdirectiva Seccional Cartagena y la empresa CBI COLOMBIANA S.A, aportada al plenario, se estableció que: *"los salarios y bonificaciones del personal beneficiario, se aplicarán de acuerdo a como se describe en el Anexo No. 1 denominado Tabla de Salarios y Bonificaciones"*.

En dicho anexo, el cual hace parte integral de la convención, se pactó que la prima técnica, no tendría incidencia salarial en la liquidación de prestaciones sociales. Acuerdo que, a juicio de esta Corporación, sin que sea necesario verificar su carácter retributivo, son totalmente eficaz a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, pues entiende esta Corporación del alcance de la citada norma que aun cuando un pago sea retributivo del servicio, es posible restar su incidencia salarial para liquidar prestaciones sociales, facultad que no es absoluta pues el juez debe desentrañar si con ello se desconocen derechos laborales del trabajador o no.

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

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

Nada se opone, por lo tanto, a que las partes acuerden respecto de una determinada prestación que ha nacido a la vida jurídica de lo

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

legales, pero no pueda convenir sobre los efectos o la incidencia salarial que estos tendrán.

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

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

Recuérdese que el trabajador por su propia cuenta carece de legitimación para provocar la nulidad o anulabilidad del convenio, contrato o acuerdo con efectos erga omnes, y solo puede reclamar su inaplicación, cuando los considere lesivos a sus derechos y siempre que ello no se contraponga al bienestar de la globalidad de sus destinatarios (sentencia CSJ SL3974-2021). En ese entendido, no se observa que los pagos extralegales convencionales sean lesivos para el trabajador, o desconozcan sus derechos laborales, pues si se contrapone su remuneración ordinaria al cargo y perfil del demandante, no pone en evidencia que con los pagos extralegales el empleador buscara esconder verdadero salario.

Por lo anterior, dada la naturaleza del incentivo ya referenciado, la validez del pacto de exclusión salarial, imposibilidad de inaplicación al caso del actor por no ser lesivo, no es posible declarar su incidencia salarial, imponiéndose confirmar la decisión también frente a este tópico.

8.3. Del bono de disponibilidad

En el numeral cuarto del anexo 1, del contrato de trabajo, las partes acordaron el pago de un bono por disponibilidad especificándose en dicho instrumento lo siguiente:

“Por la naturaleza del cargo de empleado y sus funciones, el empleado tendrá períodos de tiempos en que, si bien no se encontrará prestando servicios de forma efectiva a favor de la Empresa, estará disponible en caso de ser requerido. La disponibilidad mencionada no significa que el empleado esté prestando el servicio. Teniendo en cuenta que durante los periodos en que el Empleado se encuentra disponible no existe trabajo efectivo y no se asimila a labor desarrollada en ejercicio

de sus funciones, la Empresa pagará un auxilio monetario de naturaleza no salarial que se llamará bono de disponibilidad. El bono de disponibilidad será reconocido por la empresa en los siguientes términos:

- a) *La empresa reconocerá al empleado como beneficio extralegal de naturaleza no salarial un bono de disponibilidad por cada hora de disponibilidad que tenga el empleado, en razón a sus funciones de servicio y soporte en las necesidades de transporte. El valor del bono de disponibilidad será equivalente al resultado de dividir el salario mensual básico del empleado por 240, se causará por hora de disponibilidad y su valor se liquidará y pagará por mes calendario vencido.*
- b) *El bono por disponibilidad no se causará cuando el empleado se encuentre en periodo de vacaciones, incapacidad, licencia o permiso remunerado y en general cuando no esté prestando sus servicios o no se encuentre en disponibilidad.*
- c) *Los tiempos en que sea necesario para la empresa que el empleado se encuentre disponible serán informados semanalmente al empleado por su supervisor. Estos tiempos serán registrados por el empleado como hora de disponibilidad en el registro semanal de tiempos de trabajo”*

Se recibió además la testimonial de CARLOS ALBERTO TATIS quien manifestó que a los conductores les asignaban un expatriado “gringo que laboraba en CBI”, a quien tenían que recogerlo en la mañana para llevarlo al sitio de trabajo y por la tarde retornarlo a su vivienda. En el tiempo transcurrido entre entrada y salida del expatriado, el demandante le asignaba tareas relacionadas con el transporte de la familia del expatriado, y en ocasiones cuando lo llevaban a su vivienda salían a eventos adicionales como traslados a cenas o fiestas, para el expatriado directamente o familiares de éste, lo cual extendía la jornada del actor. Explicó que el control del tiempo de servicios del demandante por fuera de la Refinería era llevado por un supervisor, registrado en un formato llamado Daily y que la remuneración de esas actividades por fuera de la jornada y del sitio de trabajo, era remunerada con el bono por disponibilidad.

Para la Sala esta declaración merece credibilidad, puesto que fue espontánea y diciente acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la prestación del servicio del demandante, en tanto, conoció de manera directa los hechos por haber sido el supervisor del actor. La demandada cuestiona la parcialidad del testigo por adelantar un proceso en contra de la misma demandada en donde solicita similares pretensiones, sin embargo, tal situación no resta credibilidad a la testifical en estudio, en vista que su relato fue referido exclusivamente a la prestación de los servicios del actor, lo cual no beneficia la prosperidad de pretensiones en su propio proceso.

Debe precisarse que la disponibilidad ha sido definida por la Sala de Casación Laboral como la situación del trabajador, por efecto de la cual está sujeto al espectro de subordinación laboral propio de la relación de trabajo, determinada por el empleador, mediante el establecimiento del horario de trabajo, y excepcionalmente,

mediante la imposición de turnos (sentencia SL4883-2020). La disponibilidad puede darse al interior de la jornada de trabajo o por fuera de ella. En este último evento, ha dicho la Corte que se genera en cabeza del trabajador la causación de trabajo suplementario, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea. (Sentencia SL5584-2017).

Para la Sala la conceptualización dada a la disponibilidad, al contrastarla con las pruebas reseñadas, hace brotar el **carácter remunerativo del servicio directo del trabajador**, pues es claro que buscaba remunerar actividades similares para las que fue contratado el actor (conductor), pero por fuera de la jornada laboral y de las instalaciones del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena. Explicó el testigo que ellos esperaban en las afueras de las residencias, para trasladar al expatriado, luego de la jornada laboral, pero tal espera, a pesar de no existir prestación efectiva del servicio, hace valer que la remuneración causada en ese interregno sea salario, pues es palpable que durante dichos lapsos el demandante no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador. También está demostrada la **habitualidad** con los desprendibles de nómina, de donde se revela que el demandante percibió tal bonificación mes a mes durante toda la relación laboral.

Ahora bien, esta Sala considera **trasgredido el alcance del artículo 128 del CST**, pues no se trata de un pago extralegal, por el contrario, con él busca remunerarse labores y disponibilidad del trabajador por fuera de la jornada laboral; recuérdese que el canon en cita solo habilita a las partes para que puedan pactar que pagos extralegales, aun retributivos del servicio, no sean tenidos en cuenta para la liquidación de ciertas acreencias, mas no para desconocer la naturaleza salarial de un pago que eminentemente lo es, por ende, resulta ineficaz el pacto de exclusión, encontrándose ajustada la decisión de declarar su naturaleza salarial.

Pese a la naturaleza salarial del bono de disponibilidad, no es posible ordenar la reliquidación del trabajo suplementario tal como lo solicita el apoderado de la parte demandante en su recurso de alzada, por cuanto con respecto a esta petición existe una ausencia de causa petendi, dado que en el líbello primigenio, no se elevó pretensión en ese sentido y en los supuestos fácticos tampoco manifestó inconformidad sobre el monto por el cual se reconoció el citado emolumento o la forma de su liquidación, radicando la controversia en que a pesar de retribuir el servicio, no era tenido en cuenta para efectos de liquidar las prestaciones sociales.

Por otro lado, el juez de primera instancia estableció que el concepto cancelado por bono de disponibilidad, no remuneraba las horas efectivamente laboradas por el demandante, atendiendo a la documental allegada por CBI COLOMBIANA S.A., por lo cual procedió a tener en cuenta estas últimas, y al realizar los cálculos, obtuvo unas diferencias en las prestaciones sociales. Sin embargo, el recurrente insiste en que el citado bono se tuvo en cuenta para calcular dichas acreencias.

De esta manera, se procedió a realizar las respectivas operaciones aritméticas, aclarando que la Sala tendrá en cuenta el valor cancelado por la demandada por bono de disponibilidad durante la vigencia de la relación, pues se reitera no existió inconformidad con respecto a la cuantía pagada. Así las cosas, realizados los cálculos no encontró diferencia alguna en favor del demandante, al reconocer la accionada

valores superiores a los liquidados en esta oportunidad, por ejemplo, la enjuiciada por auxilio de cesantías en el año 2013 canceló \$3.052.472 y para el 2014 de \$3.139.168, mientras que los valores arrojados para esa anualidad corresponden a (2013) \$2.918.702 y (2014) \$2.887.874 respectivamente, de lo cual se desprende que tal como lo mencionó el recurrente, CBI COLOMBIANA S.A. sí tuvo en cuenta el bono de disponibilidad, al momento de liquidar las prestaciones sociales.

En consecuencia, se revocará la reliquidación de las prestaciones sociales y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, lo cual conlleva a absolver CBI COLOMBIANA S.A. de las pretensiones condenatorias, y, por ende, a REFICAR S.A. y a las llamadas en garantía. Ante esta circunstancia y la inconformidad del recurrente por las costas, la misma igualmente serán revocadas.

Ante este panorama, resulta inane referirse al resto de los argumentos esbozados en el recurso de apelación presentado por las demandadas y las llamadas en garantía.

9. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante ante la prosperidad del recurso de apelación presentado de conformidad con el artículo 365 del CGP, de aplicación en materia laboral por remisión normativa del artículo 145 del CPTSS. Se fijan unas agencias en derecho en suma de $\frac{1}{2}$ SMMLV en favor de CBI COLOMBIANA S.A. y REFICAR S.A.

10. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de fecha seis (6) de marzo de 2020, emanada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral de **HARRYSON PEÑA SILVA** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**; en el sentido confirmar únicamente la declaratoria consistente en que la bonificación por disponibilidad es de naturaleza salarial.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo, tercero, cuarto y sexto de la sentencia de fecha seis (6) de marzo de 2020, emanada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral de **HARRYSON PEÑA SILVA** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**; y en su lugar se dispone:

ABSOLVER a CBI COLOMBIANA S.A. de la reliquidación de las prestaciones sociales y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; en consecuencia, también se absuelve a REFICAR S.A. y las llamadas en garantía.

TERCERO: Confirmar el resto de la sentencia de primera instancia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho una suma equivalente a ½ SMMLV en favor de CBI COLOMBIANA S.A, y REFICAR S.A. de conformidad con las anotaciones dadas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado Ponente

JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada
(ausencia justificada)

MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada

Firmado Por:

Francisco Alberto Gonzalez Medina
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Civil Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

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

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f6d1f2c5162770836cb7371d2bcabd9c58fd9b7b2a931c0f9a680e7dac61dd80

Documento generado en 28/04/2022 11:11:52 AM

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