



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 13001310500220170057701

MGISTRADO (A) PONENTE: DR. FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
CLASE DE PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GENARO MANUEL ARCIA ALMANZA
DEMANDADO: C.B.I. COLOMBIANA S.A y REFICAR.
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: GENARO MANUEL ARCIA ALMANZA

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

RADICACIÓN: 13001-31-05-002-2017-00577-01

ASUNTO: Apelación de sentencia

TEMA: Estabilidad laboral, bono de asistencia y bonos convencionales

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 la siguiente **SENTENCIA** de manera escrita:

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

GENARO MANUEL ARCIA ALMANZA, presentó demanda ordinaria laboral en donde solicitó se declare la existencia de un contrato de trabajo con CBI COLOMBIANA S.A, el primero, desde el 22 de mayo del 2012 hasta el 22 de abril del 2014 y el segundo, del 23 de abril de 2014 hasta el 31 de marzo de 2015; la ineficacia del pacto de exclusión salarial, por consiguiente, se establezca la naturaleza salarial de los siguientes factores: la bonificación de asistencia, incentivo de progreso convencional, incentivo HSE, incentivo hora adicional convencional, prima técnica convencional, Sodexo no grabado y el incentivo de progreso de tubería convencional. En consecuencia, requiere que se condene a CBI COLOMBIANA S.A. y solidariamente a REFICAR, a la reliquidación de las prestaciones sociales, las vacaciones, horas extras, recargos nocturnos y dominicales; a la cancelación de la

indemnización moratoria del artículo 65 del CST y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Con respecto al segundo contrato, solicitó se declare la ilegalidad de la terminación y la cancelación de la indemnización del artículo 26 de Ley 361 de 1997.

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 22 de mayo de 2012 hasta el 22 de abril de 2014 y del 23 de abril de 2014 al 31 de marzo de 2015, bajo la modalidad de obra o labor contratada. Indicó que durante la vigencia de la relación laboral devengó como contraprestación directa de los servicios los siguientes incentivos: bonificación de asistencia, incentivo sodexo no gravado, incentivo HSE convencional, incentivo de progreso convencional, incentivo de progreso de tubería convencional, incentivo hora adicional convención, prima técnica convencional.

Anotó que al momento de darle por terminado de manera unilateral la demandada no tuvo en cuenta que padecía de hernia umbilical, por lo que presentó querrela ante al Ministerio de Trabajo, la cual fue resuelta mediante la Resolución No. 564 de 28 de noviembre de 2016, en donde se sancionó a la demandada por finalizar el contrato de trabajo de trabajo sin que mediara autorización del ministerio, por encontrarse en estado de debilidad manifiesta. Finalmente, sostuvo que REFICAR era solidariamente responsable de CBI COLOMBIANA S.A., al ser el beneficiario de una obra conexas a su objeto social.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CBI COLOMBIANA S.A: En el escrito de contestación aceptó la existencia de los contratos de trabajo, en los extremos temporales señalados en el líbello primigenio. Se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que durante la vigencia de la relación laboral satisficieron debidamente todas las acreencias laborales. En su defensa adujo que las bonificaciones enunciadas por el demandante, no estaba ligada a la contraprestación directa del servicio. Propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de las obligaciones, prescripción, pago y la 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 del despido sin justa causa, 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, entre otras

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, 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 Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, al que le correspondió su conocimiento, puso fin a la primera instancia con sentencia de fecha seis (6) de agosto de 2020, por medio de la cual declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; y que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero del 22 de mayo de 2012 hasta el 22 de abril de 2014 y el segundo, de 23 de abril de 2014 hasta el 31 de marzo 2015. Condenó a CBI COLOMBIANA S.A al reconocimiento de la bonificación de asistencia y de la prima técnica como factor salarial, por consiguiente, el pago de la reliquidación del trabajo suplementario y de las prestaciones sociales definitivas. Absolvió a REFICAR S.A y a las llamadas en garantías de las pretensiones de la demanda. Condenó en costas a la parte vencida.

Basó su decisión en que, estaba demostrado la existencia de los dos contratos de trabajos en los extremos temporales señalado por las partes. Frente al incentivo de progreso convencional, incentivo de progreso de tubería convencional y el incentivo HSE convencional, acotó que su fuente era la convención colectiva de trabajo, específicamente el artículo 12, el cual hizo remisión al anexo 1, en donde se estableció que tales emolumentos no tenían incidencia salarial. No obstante, estimó que la reliquidación si era procedente, teniendo en cuenta la bonificación de asistencia y la prima técnica convencional, al ser percibidas como contraprestación directa de los servicios, específicamente con respecto a este último emolumento sostuvo que fue regulado en la política salarial del 2013, en donde a pesar de haberse indicado que no tenía incidencia salarial, no se determinó con precisión el fin perseguido o los condicionamientos que debía cumplir el trabajador para adquirir el mismo, lo cual conllevaba a aplicar la regla general, todo lo que recibe el trabajador es salario. Detalló que la reliquidación de las acreencias laborales durante el primer vínculo laboral se encontraba prescriptas.

En lo concerniente a la estabilidad laboral, afirmó que, pese a encontrarse demostrado que el actor padeció una enfermedad, no estaba acreditado a través de cualquier medio probatorio si esas patologías afectaron su capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 15%. Enfatizó que el hecho que se aportara la resolución del Ministerio del Trabajo en donde se sanciona a CBI COLOMBIANA S.A, por terminar el contrato de trabajo sin autorización de esa entidad, no hacía al demandante beneficiario de la protección pretendida, por cuanto el ministerio tiene competencia administrativa y su decisión no obliga al juez laboral.

3. RECURSOS DE APELACIÓN

DEMANDANTE; presentó recurso de apelación indicando que el incentivo de progreso convencional, sodexo, el incentivo de progreso de tubería convencional y el incentivo HSE, tenían incidencia salarial, toda vez que el pacto de exclusión salarial contenido en la convención colectiva del año 2013 no estuvo vigente para la fecha en que inició el contrato de trabajo, el 22 de mayo de 2012, sin que se aportara la convención vigente para esa época, la cual contemplada otros aspectos diversos. Además, sostuvo que en los contratos de trabajo no se explicó de manera detallada lo preceptuado en la convención colectiva del año 2013, por lo que se debe aplicar la generalidad, esto es, que al no estar contemplado en la convención y no estipularse de manera expresa el pacto de exclusión para cada uno de los bonos, se debe concluir que tales pagos son salario, sin que sea viable desalarizar aquello que retribuye el servicio.

En lo concerniente a la estabilidad laboral reforzada explicó que atendiendo a la sentencia de unificación SU 049 de 2018 y los convenios internacionales de la OIT, para que un trabajador sea beneficiario de esta protección, sólo es necesario que padezca una enfermedad, sin que sea viable exigir una calificación de la pérdida de capacidad laboral. Finalmente, con respecto a la reliquidación precisó que no se evidencia correspondencia entre el valor obtenido por concepto de reliquidación cesantías e intereses de las cesantías, al no tenerse en cuenta el primer contrato de trabajo que inició el 22 de mayo de 2012.

CBI COLOMBIANA S.A.; interpuso recurso de apelación solicitando principalmente se absuelva de todas las condenas impuestas, en caso de no ser procedente y de forma subsidiaria requirió se tuviera en cuenta la imposibilidad del bono de asistencia como factor salarial de impactar otro factor salarial, por lo que era necesario calcular nuevamente las diferencias otorgadas por el juez unipersonal, pues no procedería la reliquidación por lo menos por este concepto, lo cual conllevaría igualmente a la reducción de las costas procesales.

Como soporte de su petición inicial, precisó que se vulneró el principio de congruencia, pues en la demanda se requiere que se considere a la bonificación de asistencia como un factor salarial. Puntualizó que dicho emolumento tiene una fuente extralegal, que tuvo un comportamiento como factor para liquidar prestaciones sociales, pero que no era salario; reiterando que un factor salarial no

puede impactar otro factor, como lo son el trabajo suplementario, las horas extras, dominicales y festivos. Frente a la prima técnica, anotó que el *a-quo* desconoció que era un pago extralegal, que se encontraba al igual que los otros bonos consagrados en la convención colectiva de trabajo, se especificó que no tenía incidencia salarial. Atendiendo a los argumentos esbozados, indicó que no existe otra postura, sino que sea revocada la sentencia y se absuelva a CBI COLOMBIANA s.a y se condena en costas a la demandante.

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 demandante es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada,(ii) si hay lugar a la reliquidación de las acreencias teniendo en cuenta la bonificación de asistencia, prima técnica convencional, incentivo de progreso de tubería convencional, incentivo de progreso convencional, incentivo HSE y bono de alimentación o sodexo (iii) de no ser procedente las anteriores pretensiones si hay lugar a revocar las condenas en costas en primera instancia.

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

- Artículo 127, 128 del CST
- Sentencias del 12 de febrero de 1993 con rad. N° 5481, CSJ SL, 10 dic. 1998, rad. 11310, de 5 de febrero de 1999, Rad. No. 11389, del 24 de agosto de 2000, Rad. No. 13985, del 7 de septiembre de 2010, Rad. No. 37970, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475, CSJ SL 1101-2019, SL2707-2019, SL172-2019CSJ SL 1360 de 2018, CSJ SL3772-2018, CSL SL2586-2020, CSJ SL12220-2017, CSJ SL2088-2018, CSJ SL 1798-2018, CSJ SL2067-2019, CSJ SL 4313-2020, CSJ SL3886-2020, CSJ SL177-2020, CSJ SL5328-2019, CSJ SL4970-2019 y CSJ SL3266-2018

8. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que la presente decisión estará en consonancia con las materias objeto de apelación, de conformidad con el artículo 66 A del CPTSS, adicionado por la Ley 712 de 2001 y que a estas alturas del proceso está por fuera de la controversia, que entre el demandante y CBI COLOMBIANA S.A, existieron dos contratos de trabajo en los siguientes extremos temporales: (i) 22 de mayo de 2012 hasta el 22 de abril de 2014 y (ii) del 23 de abril de 2014 hasta el 31 de marzo 2015, y que el primer vínculo laboral finalizó por mutuo acuerdo entre las partes.

8.1. De la estabilidad laboral reforzada

Sobre la estabilidad laboral reforzada, conviene memorar que ha sido postura por parte de esta Corporación, que la garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas en condición de discapacidad, para que no puedan ser despedidas por razón de su limitación, tal como lo expuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2586-2020.

La intelección que amerita ofrecerle a la citada disposición, debe avenirse a la nueva realidad normativa vigente a partir del 10 de junio de 2011, con la entrada en vigor de la Convención sobre Derechos de Personas en situación de Discapacidad, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, aceptada en Colombia por la Ley 1346 de 2009 (complementada posteriormente con la Ley 1618 de 2013, la sentencia CC C-458-2015 y la Ley 1996 de 2019). En el referido instrumento internacional abrió paso a una concepción de la discapacidad distinta a la tradicional perspectiva médica, en el entendido que la deficiencia o limitación física, intelectual, mental o sensorial de una persona, no es lo que la pone en situación de discapacidad, sino, exactamente, la imposibilidad de participar efectivamente en la sociedad, a causa de las limitaciones o deficiencias del entorno social.

De acuerdo a la concepción legal y jurisprudencial actual sobre protección laboral de personas en condiciones de discapacidad, para que proceda tal protección de estabilidad laboral reforzada, se debe acreditar **i)** que el trabajador padezca de un estado de discapacidad independientemente de su origen; **ii)** que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; **iii)** que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y **iv)** que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo, tal como se dijo, entre otras, en la sentencia CSJ SL3772-2018.

En cuanto al primer requisito, la ley 1618 de 2013, define a las personas con discapacidad o en situación de discapacidad como aquellas *“personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”* y a partir de la adopción del modelo social de discapacidad, la Corte Constitucional en la sentencia CC C-458-2015 desechó las expresiones peyorativas que ubiquen la discapacidad al interior de la persona como es la

expresión “limitación”, para ser reemplazadas por el concepto “persona en condición de discapacidad”.

No obstante, estima esta Judicatura que la aplicación de los nuevos abordajes y conceptos sobre los derechos de las personas en condición de discapacidad no releva al trabajador de acreditar al menos una deficiencia física, psíquica o sensorial que dé lugar a dar por demostrada la condición generatriz de la protección especial, no solo con los dictámenes de pérdida de capacidad laboral proferidos por las juntas de calificación, por no operar tarifa legal frente a la garantía invocada, sino a través de los distintos medios de prueba.

Luego entonces, para probar la condición de discapacidad no se requiere prueba solemne y ciertamente resulta eximia la calificación técnica efectuada por la autoridad competente, sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, la condición de discapacidad que afecta a un trabajador en el ejercicio de sus labores se puede inferir de su estado de salud, siempre y cuando sea *notorio, evidente y perceptible*, antepuesto a restricciones médicas, incapacidades, concepto de no rehabilitación, historia ocupacional, entre otros. (SL 572 de 2021). 2015-00478, Marcos Fernández

Seguidamente, se resalta la corrección doctrinal traída en la sentencia SL 1360 de 2018, en donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia admitió que existe una presunción en favor del trabajador, esto es, que si el trabajador demuestra su condición de discapacidad, conocida por su empleador, el despido se presume discriminatorio y habría lugar a invocar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios, prestaciones y la sanción de 180 días de salario.

A fin de acreditar la condición de discapacidad el demandante allegó prescripción médica de cuatro de mayo de 2015, indicándose que presenta masa en región umbilical acompañado de dolor, por lo cual se le diagnosticó hernia umbilical. En la historia clínica ocupacional de 6 de abril de 2015, se determinó la existencia de dos diagnósticos, sobrepeso y hernia umbilical sin obstrucción ni gangrena, con concepto de examen de retiro satisfactorio con recomendaciones preventivas. Posteriormente, el 26 de junio de 2015, se informa que se realizó intervención quirúrgica sin complicaciones y recuperación con excelente evolución.

Para la Sala, las documentales antes referencias no logran acreditar una condición de discapacidad al momento de la terminación del contrato de trabajo, pues si se observa las prescripciones médicas en donde se estableció que el demandante padecía de hernia umbilical fueron expedidas con posterioridad a la finalización del vínculo laboral, 31 de marzo de 2015, lo cual conlleva a concluir que para esta última data el actor no contaba con diagnóstico de enfermedad alguna.

Máxime cuando tampoco se encuentra demostrado que tal padecimiento durante la vigencia de la relación laboral le impidió o dificultó al actor ejercer sus funciones, pues no se allegó medio probatorio alguno que probara de la existencia de recomendaciones y/o restricciones médicas, acompañadas de incapacidades consecutivas, entre otras documentales.

Ahora bien, esta Sala no puede pasar por alto la existencia de la Resolución No. 569 de 28 de noviembre de 2016, en donde el Ministerio del Trabajo sancionó a CBI COLOMBIANA S.A., por haber terminado el contrato de trabajo sin su autorización, sin embargo, esta sólo actuación administrativa no da cuenta de la existencia de una estabilidad laboral reforzada, pues el demandante debía acreditar en esta oportunidad que efectivamente durante la vigencia de la relación laboral tenía una condición de discapacidad que le impedía realizar las funciones para la cual fue contratado, supuesto fáctico que como se explicó en líneas arriba no fue demostrado por el actor.

Así las cosas, si bien no era necesario acreditar una calificación de la pérdida de la capacidad laboral, tal como lo sostiene el recurrente, lo cierto es que sí se debía demostrar la condición de discapacidad, situación que se reitera no fue probada dentro del *sub-examine*. Por consiguiente, se confirmará la decisión absolutoria de primera instancia sobre este tópico.

8.2. Alcance del artículo 128 CST luego de la modificación introducida por el artículo 15 de la ley 50 de 1990

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

Frente a la última excepción, consagrada en el inciso final del citado artículo 128 del CST, esto es, la posibilidad de las partes de poder disponer qué beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, no constituyen salario, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha sido

abundante la jurisprudencia sobre el alcance, específicamente las sentencias del 12 de febrero de 1993 con rad. N° 5481, CSJ SL, 10 dic. 1998, rad. 11310, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475, CSJ SL 1101-2019, SL2707-2019, SL172-2019, CSJ SL 4313-2020, SL3886-2020, SL177-2020, SL5328-2019, SL4970-2019 y CSJ SL3266-2018, de las cuales esta Sala sin mayor hesitación extrae las conclusiones que pasan a detallarse:

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

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.

a. De la bonificación de asistencia

En claridad que existieron dos contratos de trabajo, se evidencia que la bonificación de asistencia tiene como fuente para el primero de ellos la cláusula

cuarta del contrato, mientras que, para el segundo, lo es la política salarial de Reficar conforme a la cláusula octava del contrato. En ambas fuentes se estipuló de manera idéntica que la causación de la bonificación por asistencia estaría determinada por dos indicadores (i) el aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo y (ii) el desempeño del empleado y de su equipo de trabajo en las disposiciones de higiene, salud y medio ambiente (HSE), 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 asistencia, de la base de liquidación de ciertos estipendios, exclusión que a juicio de esta Corporación, tal como fue redactada no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, sino que se determinó que, el bono de asistencia no integraría la base de liquidación para la remuneración de recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, lo cual se acompasa a una de las hipótesis de desalarización enseñadas por la jurisprudencia, esto es, a pesar de ser retributivo del servicio, no se desconoció la naturaleza salarial del pago, sino que se determinó no tenerlo en cuenta para ciertos pagos (trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo).

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

Conclusión que, no riñe con la postura de la Sala de Casación Laboral plasmada en la sentencia CSJ SL2018-2021, 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) 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 absolver a la demandada de las pretensiones de reliquidación atendiendo a la bonificación de asistencia, lo cual conlleva a revocar la condena impuesta sobre este tópico.

b. De la incidencia salarial incentivo HSE convencional, incentivo de progreso convencional, incentivo progreso de tubería convencional, prima técnica y el bono de alimentación o sodexo.

Inicialmente fuerza precisar que durante la primera vinculación laboral (del 22 de mayo de 2012 hasta 22 de abril de 2014), el demandante no percibió suma alguna por los incentivos antes citados, desde mayo de 2012 hasta octubre de 2013, pues así se evidencia de los volantes de pago aportados con la demandada visibles desde el folio 85 en adelante.

La ausencia de estos conceptos, encuentra su explicación en que los mismos son de naturaleza convencional y sólo nacieron a la vida jurídica en septiembre de 2013, la expedición de la convención colectiva. Ante esta circunstancia, no resulta viable estudiar la incidencia salarial del incentivo HSE, incentivo de progreso, incentivo de progreso de tubería, prima técnica y el bono de alimentación o sodexo, durante el lapso pues el demandante no recibió suma alguna.

En este punto conviene aclarar que, contrario a lo manifestado por el apoderado de la parte demandante antes del año 2013, no se encuentra demostrado que entre CBI COLOMBIANA S.A. y la USO o cualquier otra organización sindical, se

hubieses suscrito convención colectiva alguna. En todo caso, sí el demandante afirma que para el año 2012 existió una norma convencional, debió aportar la misma, con la respectiva constancia de depósito de conformidad con lo establecido el artículo 469 del CST, carga probatoria que no cumplió.

Ahora bien, para la primera vinculación, únicamente durante el lapso de noviembre de 2013 al 22 de abril de 2014, y en la vigencia de la segunda relación laboral (desde el 23 de abril de 2014 hasta el 31 de marzo de 2015), se advierte de los comprobantes de pago que el demandante sí devengó los incentivos citados, siendo su fuente la convención colectiva, la cual hace parte de los contratos de trabajos por disposición del artículo 467 del CST e igualmente así se estableció en el artículo 1 de la norma convencional, sin que fuera necesaria la exigencia del recurrente, consistente en que en el respectivo negocio jurídico se debía hacer referencia a la disposición convencional

Así las cosas, 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 el incentivo HSE, incentivo de progreso, incentivo de progreso de tubería y la prima técnica, no tendría incidencia salarial en la liquidación de prestaciones sociales. Por otra parte, en el artículo 5, se consagró el auxilio de alimentación o sodexo, estableciendo que no tendría efecto de salario. Acuerdos 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 de los incentivos 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. En consecuencia, se confirmará la decisión absolutoria en lo que respecta al incentivo HSE, incentivo de progreso de tubería e incentivo de progreso y el auxilio de alimentación o sodexo, pero se revocará la reliquidación impuesta atendiendo a la prima técnica, bajo los argumentos anteriormente expuestos.

Así las cosas, al revocarse la reliquidación de las acreencias laborales atendiendo a la bonificación de asistencia y la prima técnica; siendo estas las únicas pretensiones por las cuales el juez de primera instancia emitió condena, y atendiendo a que CBI COLOMBIANA S.A. en su recurso de alzada, manifestó inconformidad con las costas impuesta por el *a-quo*, *igualmente* se revocarán estas últimas.

Ante este panorama resulta inane pronunciarse sobre la solicitud de revisión de los cálculos requerida por el demandante en su recurso de apelación y el resto del recurso de apelación de la demandada.

9. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante ante la no prosperidad del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 365 del CGP, de aplicación en materia laboral por remisión normativa del artículo 145 del CPTSS, se fijan como agencias en derecho una suma equivalente a $\frac{1}{2}$ SMMLV en favor de CBI COLOMBIANA 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: REVOCAR los numerales segundo, tercero, cuarto y séptimo de la sentencia de fecha seis (6) de agosto de 2020, emanada por El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral de **GENARO MANUEL ARCIA ALMANZA** contra **CBI COLOMBIANA S.A** y en su lugar se dispone:

- **ABSOLVER** a CBI COLOMBIANA S.A de las pretensiones de reliquidación de las acreencias laborales atendiendo a la bonificación de asistencia y la prima técnica convencional, bajo las anotaciones dadas en esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR el resto de la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho una suma equivalente a ½ SMMLV en favor de CBI COLOMBIANA S.A.

CUARTO: 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:

01f578d7218a12aa227c24e48571de808ca99c7674ea577cbdee49c2cd836212

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

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