OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL3016-2024

Radicación n.° 102570

Acta 041

Bogotá, D. C., cinco (5) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **ROBINSON OROZCO CORTEZ** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 20 de mayo de 2021, en el proceso promovido en contra de **CBI COLOMBIANA SA - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**.

I. ANTECEDENTES

Robinson Orozco Cortez llamó a juicio a CBI Colombiana SA – en liquidación judicial (en adelante CBI), para que se declarara, en lo que concierne al recurso, que sostuvo con ella una relación laboral desde el 26 de marzo de 2012 hasta el 31 de mayo de 2014, por obra o labor; y que el bono de asistencia tenía incidencia salarial.

En consecuencia, que se le condenara al pago de diferencias en el pago de prestaciones sociales; trabajo suplementario, nocturno, dominical y festivo; y aportes a la seguridad social. Así como los valores descontados ilegalmente de la liquidación, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, la indemnización por despido injusto y la indexación.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que laboró para la demandada desde el 26 de marzo de 2012, como operador de grúa, inicialmente a través de un contrato de trabajo por obra o labor determinada, que fue modificado en varias ocasiones, y finalmente a uno a término fijo inferior a un año, pero ejecutando idénticas labores, prorrogándose automáticamente hasta el 31 de mayo de 2014, fecha en que se dio por terminado por parte de la empresa, sin que hubieren cesado las causas que dieron origen a la contratación; que pactó como salario una suma fija, y otro componente fijo denominado bonificación por asistencia, que hacía parte del régimen salarial a cargo de la empresa, no incluido como factor para realizar las liquidaciones y pagos de recargos por trabajo suplementario, nocturnos, dominical, festivos y las vacaciones disfrutadas en tiempo; y que aquella tampoco efectuó el pago en las cuantías debidas, en la liquidación y pago de sus prestaciones sociales, y sus aportes a la seguridad social durante el tiempo que duró la relación laboral.

CBI al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia

del contrato de trabajo celebrado con el demandante y los extremos temporales de la relación laboral; en lo relativo a la bonificación de asistencia, expresó que se trataba de un pago extralegal con causación condicionada, que no estaba ligada a la prestación de servicios del actor, sino a retribuir obligaciones preparatorias o preliminares.

Como excepciones propuso las que denominó buena fe, inexistencia de las obligaciones y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, a través de sentencia del 24 de enero de 2018, resolvió lo siguiente:

> PRIMERO.-DECLARAR que entre el señor ROBINSON OROZCO CORTEZ, portador de la C.C. 73.116.382 y CBI COLOMBIANA S.A., existió un contrato de trabajo que inició el día 26 de marzo de 2012 y terminó el 31 mayo de 2014, por extinción del plazo fijo pactado.
>
> SEGUNDO.-DECLARAR INEFICAZ la cláusula del contrato de trabajo que le resta la naturaleza de salario a la bonificación de asistencia a efectos de la retribución del trabajo suplementario de horas extras, dominicales, festivos, tal como se expuso en la parte considerativa de esta providencia.
>
> TERCERO.-CONDENAR a la demandada CBI COLOMBIANA S.A., a reliquidar en favor del demandante el trabajo suplementario causado con posterioridad al 28 de abril de 2013 Y hasta la terminación del contrato de trabajo, resultando una diferencia de $446.623,94.
>
> CUARTO.-CONDENAR a la demandada CBI COLOMBIANA S.A., a reconocer y pagar al demandante ROBINSON OROZCO CORTEZ las siguientes sumas de dinero que se generan por concepto de reliquidación de cesantías, intereses de cesantías, y prima semestral, derivadas del trabajo suplementario, así:

Por concepto de cesantías…$607.237
Por concepto de diferencia de cesantías…$926.168
Por concepto de diferencia de primas semestrales…$4.920.596

Disponer que se proceda a la reliquidación de los aportes a la seguridad social incluyendo en el lBC las diferencias por concepto de la retribución del trabajo suplementario de todo el tiempo laborado, pues estos no resultan afectados por el fenómeno de la prescripción.

QUINTO.-DECLARAR parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN de las liquidaciones que se pusieron en esta providencia, que se causan desde el 28 de abril de 2013 hacia atrás.

SEXTO. -CONDENAR a la demandada CBI COLOMBIANA S.A., a cancelar en favor del demandante ROBINSON OROZCO CORTEZ una indemnización moratoria en la suma de $169.664.448, de conformidad con las consideraciones que se dejaron expuestas.

SÉPTIMO.-ABSOLVER a la demandada del resto de las pretensiones de la demanda conforme se dejó expuesto en la parte considerativa.

OCTAVO.-DECLARAR no probadas el resto de las excepciones de mérito propuestas, tal como se expuso en la parte motiva.

NOVENO.-CONDENAR a la demandada en costas en favor al demandante, señalando como agencias en derecho la suma equivalente al 15% del valor de las condenas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena, a través de sentencia del 20 de mayo de 2021, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, octavo y noveno, de la sentencia de fecha veinticuatro (24) de enero de 2018, emanada por el Juzgado Segundo Laboral de del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral de ROBINSON OROZCO CORTEZ contra CBI COLOMBIANA S.A, para en su lugar disponer: ABSOLVER a la demandada CBI COLOMBIANA S.A de las pretensiones de incidencia salarial de la bonificación de asistencia, reliquidación

> de trabajo suplementario, prestaciones, aportes, sanción moratoria, de conformidad con las anotaciones dadas.
>
> SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo referente a la ineficacia de la modificación de la modalidad contractual y despido injusto.
>
> TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, se fijan como agencias en derecho una suma equivalente a un (1) SMMLV, en favor de la demandada.
>
> [...].

El tribunal de manera preliminar puso de presente, como fundamentos legales los arts. 127 y 128 del CST, así como las siguientes sentencias:

> [...] del 12 de febrero de 1993 con rad. Nº 5481, CSJ SL, 10 dic. 1998, rad. 11310, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad 39475, CSJ SL 1101-2019, SL2707-2019, SL172-2019 CSJ SL1360 de 2018, CSJ SL3772-2018, CSL SL2586-2020, CSJ 5112220-2017, CSJ SL2088-2018, CSJ SL 1798-2018, CSJ SL2067-2019, CSJ SL4313-2020, CSJ SL3886-2020, CSJ SL177-2020, CSJ SL5328-2019, CSL SL4970-2019 y CSJ SL3266-2018.

Igualmente dejó sentado como hechos indiscutidos, la existencia entre las partes de un contrato de trabajo a partir del 26 de marzo de 2012, inicialmente pactado bajo la modalidad de obra o labor determinada; y posteriormente modificado a través de un otrosí, a uno a término fijo inferior a un año, por 142 días, a partir del 1º de abril de 2013, hasta el 31 de mayo de 2014, por expiración del plazo pactado.

En cuanto a la incidencia del bono de asistencia, expresó que, de conformidad con el art. 127 del CST, es salario todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Y que, por regla general, todos los pagos que recibe el trabajador por su

actividad subordinada tienen esa naturaleza, a menos que se trate de las prestaciones sociales, las sumas recibidas en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad sus funciones; las sumas ocasionales entregadas por mera liberalidad del empleador; los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo; y los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hubieran dispuesto expresamente que no constituían salario, conforme al art. 128 del CST y a la jurisprudencia de la Corte (sentencias CSJ SL12220-2017, CSJ SL2088-2018, CSJ SL1798-2018 y CSJ 512067-2019).

Luego, en lo atinente a la interpretación de la referida norma, indicó lo siguiente:

> 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 que 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 de 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, 513886-2020, 51177-2020, 5L5328-2019, SL4970-2019 y CSJ SL3266- 2018, de las cuales esta Sala sin mayor hesitación extrae las conclusiones que pasan a detallarse:
> l. Es salario todo pago que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios.
>
> 2. No es posible para las partes en la relación de trabajo a la luz del artículo 128 del CST, despojar de naturaleza salarial un pago que por esencia lo es.
>
> 3. El artículo 128 del CST habilita a las partes a establecer beneficios con exclusión salarial, potestad no absoluta, cuando

> recaiga sobre beneficios extralegales (pagos adicionales al salario básico) y no desconozcan derechos laborales, limitada a dos eventos: (i) para señalar que no es salario pagos no retributivos directamente del servicio, o (ii) para señalar que pagos aun siendo retributivos del servicio y sin que pierdan ese carácter, no tengan incidencia en la liquidación y pago de otras acreencias laborales.
>
> 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, 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 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 (sic) 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.

En lo que respecta al caso concreto, indicó que de las pruebas arrimadas al expediente, se observaba que las partes pactaron en la cláusula cuarta del contrato de trabajo (f.° 16 a 19), 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 tuviera 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, aportes a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero.

Además, que también se acordó, que de llegar a causarse sería calculada y pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio.

Y que ello se pactó, en cumplimiento de la política salarial implementada por Reficar SA, contratante de CBI, explicándosele al trabajador, previa suscripción del contrato, las condiciones laborales, las cuales fueron aceptadas de forma voluntaria, sin haberse alegado en la demanda la existencia de un vicio en el consentimiento; como se desprende de la oferta salarial archivo «3768_contrato_l82050» incluido en el CD de folio 163 del expediente, frente a la cual el demandante en su interrogatorio indicó que conocía su contenido, previa suscripción del contrato de trabajo.

Acto seguido, expresó lo siguiente:

> Una vez señaladas las condiciones de causación y pago de la bonificación por asistencia, conforme a los presupuestos de verificación en la determinación de incidencia salarial de un pago

realizado por el empleador, pasa a explicarse cada uno de ellos, de manera detallada, tal como se expone a continuación:

(i) Bonificación de asistencia como pago retributivo del servicio

Para la Sala como las condiciones de causación a que hace referencia el canon de la política salarial estaban ligadas a la asistencia y el cumplimiento del trabajo del actor, se demuestra que su causación requería el despliegue de la fuerza de trabajo del actor, concluyéndose de lo anterior, que la bonificación de asistencia era retributiva del servicio, de donde brota su naturaleza salarial.

(ii) Habitualidad del pago de bonificación de asistencia

Dado que dicho pago era de causación mensual, por así reconocerse en el contrato de trabajo y al advertirse en los distintos volantes de pago aportados por el demandante visible a folios del 29 al 45 del expediente, que el demandante recibió pagos por bonificación de asistencia mes a mes, se estima por esta Sala que se cumple a cabalidad con el presupuesto de habitualidad.

(iii) De la existencia y validez de la exclusión del bono de la base para liquidar trabajo suplementario

En el caso de marras, como ya se dijo, viene acreditado en el contrato de trabajo la existencia de un pacto de exclusión celebrado entre las partes, el cual, a Juicio de esta Corporación, y conforme a la redacción del mismo, no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación, dado que el convenio suscrito consistió en acordar 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, se considera que se trató de un pago extralegal, recuérdese que el demandante a la finalización del contrato de trabajo percibía un salario básico una suma de $4.471.578 y por bonificación de asistencia una suma adicional de $2.597.774. Pago que no deja en evidencia el desconocimiento de los derechos laborales del actor. Nótese además que la exclusión se hizo frente a los conceptos de menor incidencia, por el contrario, la bonificación si (sic) 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.

Frente a los racionamientos que llevaron al *a quo* a imponer condena, precisó lo siguiente:

> La jueza de primera instancia para ordenar la reliquidación de trabajo suplementario, las prestaciones sociales y los aportes señaló que, la liquidación del bono no se ajustaba a las condiciones del pacto, por no respetarse los porcentajes allí anotados, sino que se hacía de manera proporcional al tiempo de servicio, lo cual fue aceptado por el representante legal en su interrogatorio de parte, con lo cual se avenía su ineficacia. Al respecto se considera que tal como fue pactada la cláusula de exclusión, esta Judicatura debe aclarar que existían dos momentos previos al pago de la bonificación. **El primero**, la causación, lo cual requería el cumplimiento de las condiciones de aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo y desempeño en HSE, conforme a la cláusula cuarta del contrato y **el segundo**, la liquidación del bono, el cual se calculaba una vez causada la bonificación.
>
> Luego entonces, la única conclusión a la que puede arrimar esta Sala con las pruebas aportadas, es que durante cada mes el demandante causó la bonificación al 100%, y ya una vez causada la bonificación, su empleador pasó a liquidar la bonificación con arreglo al pacto, esto es, por mes laborado y en proporción al tiempo de servicio, en tanto, la declarante también manifestó que no recibió por parte de relaciones industriales novedades de afectación del bono, por ende estimaban una causación plena y procedía a liquidarlo en proporción al tiempo de servicios, pero de ello no puede predicarse la ineficacia, por el contrario deja en evidencia que se pagó conforme fue pactado.

Así las cosas, concluyó que se probó que el pago por bonificación por asistencia era retributivo del servicio y se daba de manera habitual; pero que, a pesar de ello, el instrumento que lo consagró no desconoció su carácter salarial, sino que lo excluyó de la base de liquidación de trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas en tiempo, lo que es permitido por la Corte en cuanto a la intelección dada al art. 128 del CST, por lo que dicha exclusión resulta válida y vinculante para ambas partes.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que se case la sentencia impugnada:

> […] y en este sentido se REVOQUE de manera total la sentencia del tribunal Superior del Distrito de Cartagena en fecha 20 de mayo de 2021, y proceda a condenar a la demandada de conformidad con las solicitudes de la demanda original.
>
> Adicionalmente proveerá sobre costas de este recurso y por las instancias.

Con tal propósito formula tres cargos, sin réplica; de los cuales se resolverán en forma conjunta los dos primeros, por acusar similar proposición jurídica y perseguir la misma finalidad.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa a la sentencia impugnada *«por violación de los artículos 43, 65, 127, 128 y 159 del CST».*

En su desarrollo señala, que busca demostrar *«las irreconciliables y excluyentes posturas sobre el análisis de la naturaleza jurídica del pago denominado* ***Bonificación de Asistencia*** *y las conclusiones de validez de la desalarización impuesta al trabajador por su empleador».*

Afirma que:

> […] el yerro en que incurre el colegiado consiste en que al revocar los apartes de la decisión que aquí ataca, aplico (sic) indebidamente el artículo 128 del código sustantivo de trabajo, en virtud de la cláusula 4 del contrato de trabajo bajo la figura de la desalarizacion de conceptos, por autonomía de la voluntad entre las partes», cuando dicha cláusula incluye el concepto del «trabajo suplementario», que no es otra cosa que «las horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales festivo (sic)».

Recuerda que, según el artículo 127 del CST, todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como retribución directa del servicio es salario, con independencia de su denominación y que en aplicación del artículo 128 del CST es posible restarles esa condición a ciertos conceptos, siempre y cuando no sean remuneratorios (CSJ 22069-2004; CSJ SL12220-2017; CSJ SL5159-2018; CSJ SL1278-2021; CSJ SL2029-2021).

Manifiesta que:

> Al tener como valido (sic) el juez plural el pacto de desalarización en virtud de evocada cláusula contractual, quebranta el artículo 128 del CST, toda vez al concluir que se trataba de un pago salarial su tratamiento debe ser con total rigurosidad la forma y oportunidad de remunerarlos como son los artículo 159 del CST, por tratarse de derechos irrenunciables, y por consiguiente al tenor del artículo 53 CN y 43 del CST, se torna ineficaz cualquier pacto que modifique la forma de causación y la oportunidad de pago de estos conceptos, la voluntad de las partes frente a estos tópicos es limitada y debe respetar las garantías del trabajador.

Precisa que el juez de la apelación realizó una exégesis errada de esos artículos, porque:

> […] más allá de la denominación de los emolumentos o la existencia de cualquier pacto entre las partes para restarle valor laboral, debió verificar —conforme a la carga de la prueba anteriormente mencionada— si el pago cuestionado, en efecto, remuneraba o no el servicio prestado, y no descartar de plano su naturaleza ante el pacto de desalarización plasmado en el contrato, o tratándose del bono de asistencia, su incidencia como

> tal solo para algunos conceptos. Resultando contrario a derecho entonces, que en uso de la facultad conferida por el art. 128 del CST, se despoje de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, toda vez que la ley no faculta a las partes para disponer que aquello que por esencia lo es, deje de serlo, conforme se mencionó en sentencia CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y por esta Sala en proveído CSJ SL5146-2020 [...].

Expone que, en este evento, la decisión impugnada no fue acertada, debido a que el *a quo* inicialmente concluyó que la bonificación de asistencia refería a un pago esencialmente retributivo del servicio, por tanto, con carácter salarial, y seguidamente el juez de alzada se equivocó al considerar que el pacto de exclusión salarial que afectaba este concepto era válido, al tenor de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

Insiste en que ese entendimiento contraría lo permitido por el artículo 128 del CST.

VII. CARGO SEGUNDO

Denuncia la decisión impugnada de violar por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida los arts. 43, 127 y 128 del CST, en relación con el 168, 169, 173, 174, 177, 179 y 192 *ibídem*; 13 y 53 de la CP; 51, 52, 60, 61, 77 y 145 del CPTSS y SS; y 164, 165, 166 y 167 del CGP.

Le endilga al tribunal, haber incurrido en los siguientes errores de hecho:

> 1. Dar por demostrado contra el tenor literal del contrato de trabajo que el empleador no pretendió desconocer la incidencia

salarial del pago denominado Bonificación de asistencia.

2. Dar por demostrado que existió un pacto de exclusión salarial válido entre el empleador y el trabajador, en virtud del cual, un pago esencialmente salarial como lo era la bonificación de asistencia, podía ser desatendido en el ejercicio de calcular los pagos correspondientes a horas extras, trabajo suplementario, recargos por dominicales y festivos y vacaciones.

3. No dar por demostrado estándolo, que las condiciones de causación incorporadas en la cláusula cuarta del contrato de trabajo eran simulatorias.

4. No dar por demostrado estándolo que CBI COLOMBIANA S.A no atendía al momento de calcular y liquidar la bonificación de asistencia las condiciones de la cláusula cuarta del contrato de trabajo, por cuanto el único criterio que afectaba este cálculo era la pura y simple prestación de servicio.

Sostiene que tales yerros fueron consecuencia de la apreciación equivocada de las siguientes pruebas:

1. Contrato de trabajo suscrito entre la empresa CBI COLOMBIANA S.A. y el demandante (F. 13-23)

2. Contestación de la demanda presentada por CBI COLOMBIANA S.A. (F.150-163).

3. Certificación Laboral del demandante (F.1186)

4. Volantes de pago del demandante. (F.29-45).

5. Política salarial de reficar (sic) 2010 denominada PROCEDIMIENTO PARA LA IMPLEMENTACION (sic) DE LA POLITICA (sic) SALARIAL DE REFICAR S.A. EXTENSIVOS A TRABAJADORES DE CONTRATISTAS DURANTE LA CONSTRUCCION (sic) DEL PROYECTO DE EXPANSIÓN DE REFINERIA (sic) DE CARTAGENA (F.57-71)

6. Política salarial de REFICAR 2011 denominada ACTUALIZACION (sic) DE LA POLITICA (sic) SALARIAL DE REFICAR EXTENSIVA A TRABAJADORES DE CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS DURANTE LA CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO DE EXPANSION DE LA REFINERA (sic) DE CARTAGENA. (aportada en contestación de demanda)

7. Política salarial de REFICAR 2013 denominada ACTUALIZACION (sic) DE LA POLITICA (sic) SALARIAL DE REFICAR EXTENSIVA A TRABAJADORES DE CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS DURANTE LA CONSTRUCCIÓN DEL

PROYECTO DE EXPANSION (sic) DE LA REFINERA (sic) DE CARTAGENA (aportada en contestación de demanda).

En su demostración expresa lo siguiente:

Se concreta este error en la falla de la lógica argumentativa que como una primera conclusión entiende que el empleador nunca pretendió desconocer el carácter salarial del pago denominado BONIFICACION (sic) DE ASISTENCIA, se lee en la página 9 de la sentencia atacada:

"En el caso de marras, como ya se dijo, viene acreditado que la cláusula contractual excluyó el bono de asistencia de 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)."

La anterior conclusión de la sala, es contraria al tenor literal del contrato, para esto, basta con leer la cláusula cuarta del contrato visible a folio 18 del expediente:

"Esta bonificación, de llegar a causarse, será calculada y pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio, y 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 tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales - cesantías, intereses y primas de servicios - aportes a la seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero."

Tenemos entonces como evidencia del error que el empleador si (sic) utiliza su posición dominante para en un claro ejercicio de mala fe disfrazar o esconder la naturaleza salarial del pago y que esta conducta siempre estuvo orientada a desconocer los mínimos laborales a que refieren los artículos 168, 169,173,174, 177, 179, 192 del Código Sustantivo del Trabajo.

> El error del tribunal consistió en apreciar mal la prueba documental referente al bono de asistencia y de ella considerar que el empleador obró con buena fe al ser cumplidor de las obligaciones pactadas en el contrato, cuando precisamente fue todo lo contrario, ese pacto fue ilegal, lejano de la realidad, ya que al quitarle su incidencia salarial a un pago que retribuye la prestación del servicio para el pago de las prestaciones sociales y vacaciones, es un acto carente de buena fe ya que no podía hacer por ser retributivas del servicio prestado en horas extras y que fueron habituales.

Afirma que el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato de trabajo, lejos de ser un pacto válido, es la materialización de la posición dominante del empleador que desconoce que frente a una relación de causalidad entre un servicio prestado por el trabajador y la remuneración que este recibe del empleador, no puede concluirse nada diferente al carácter retributivo y la naturaleza salarial, lo que implica que este concepto no está sometido al arbitrio de las partes, que constituye un mínimo irrenunciable de los trabajadores, tornándose en un acuerdo ineficaz a la luz del artículo 43 CST.

Igualmente, que los volantes de pago arrimados por la demandada a folios 29 a 45, informan que mes a mes laboraba horas extras y nocturnas, dominicales y festivas, las cuales eran remuneradas teniendo en cuenta solo el salario básico, desconociendo para su cálculo todos los conceptos que recibía de esa naturaleza, especialmente, la desatendida bonificación de asistencia.

Añade que, también se acusa la sentencia del fallador de segundo grado, de no realizar un examen de verificación de los argumentos del empleador, quien tenía la carga de

demostrar que el pago denominado bonificación de asistencia obedecía a cosas diferentes a la simple y pura prestación del servicio; de esa manera, se extraña una simple verificación de los volantes de pago, a partir de los cuales se hubiere descartado la posición de la pasiva.

Sostiene que, a pesar de lo anterior, el *ad quem* le dio valor al contrato de trabajo en lo referente a la exclusión salarial de la bonificación por asistencia, lo cual es una valoración inadecuada de la prueba documental, que condujo a una errada decisión, ya que una cosa no puede ser salario, y al mismo tiempo no serlo; al respecto relacionó la sentencia CSJ SL1259-2023.

VIII. CONSIDERACIONES

Lo primero que debe precisar la Sala, es que el alcance de la impugnación, que constituye el *petitum* de la demanda, se encuentra indebidamente formulado, ya que pretende el recurrente que se case la sentencia del tribunal, y al mismo tiempo que se revoque, desconociendo con ello, que cuando ocurre lo primero, aquella sale del ordenamiento, y acto seguido lo que procede en sede instancia, es la confirmación, revocatoria o modificación de la providencia de primer grado.

Sin embargo, ello no es suficiente para desestimar el recurso, ya que del sentido de las decisiones de instancia se puede deducir que lo que busca es que se case la sentencia de segundo grado, y en su lugar, que se confirme la de

primera instancia que fue favorable a sus intereses, y que entre otras cosas, no apeló.

Igualmente se observa que, respecto del primer cargo, planteado por la senda de pleno derecho, no se indica la modalidad; empero, de su demostración puede establecerse que se trata de una interpretación errónea.

Así las cosas, se tiene que en los dos ataques preliminares, uno por la vía directa en el submotivo de intelección indebida y otro por la senda fáctica en la modalidad de aplicación indebida, se denuncia a la sentencia fustigada de violar los arts. 43, 127 y 128 del CST, entre otras normas,

Como punto de partida, se tiene, que el juez colegiado fundamentó su decisión en la validez del pacto de exclusión del bono de asistencia celebrado entre las partes, debido a que con él no se buscó desconocer el carácter salarial del concepto, sino excluirlo de la base para liquidar el trabajo suplementario y las vacaciones disfrutadas en tiempo; lo que consideró, se acompasa con una de las hipótesis de desalarización enseñadas por la jurisprudencia.

Se duele la censura de este entendimiento, al considerar que la bonificación de asistencia era factor remuneratorio, por obedecer a una retribución directa del servicio prestado, por lo que no podía dejar de ser considerado para calcular horas extras, trabajo suplementario, recargo por dominicales y festivos, junto con las vacaciones.

En torno al tema, esta Sala ha tenido oportunidad de manifestarse, señalando que la relación salario – prestación personal del servicio, constituye el objeto esencial del contrato de trabajo, tal como se desprende del artículo 22 del CST, por lo que la regla general es que los pagos que realiza el empleador al trabajador, se entiendan como retribución por la labor desempeñada, salvo que se logre establecer de manera clara, que el desembolso tiene una génesis distinta (CSJ SL3272-2018 y CSJ SL4866-2020).

Para llegar a la anterior conclusión, es importante encontrar como referente normativo precisamente el artículo 127 del CST, en donde se define el salario como todo aquello *«que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte».*

Esta norma se muestra entonces en consonancia con el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (art. 53 CP), en la medida en que no importa la denominación que se adopte, si un pago retribuye el servicio prestado, deberá entenderse como salario más allá del rótulo que se le imprima por las partes (CSJ SL12220-2017, citada en CSJ SL509-2023), lo cual igualmente guarda concordancia con lo dispuesto por el artículo 1.° del Convenio 095 de la OIT (CSJ SL5146-2021).

Ahora, también es cierto que habrá pagos que no tendrán esa connotación salarial, tal como expresamente se desprende del artículo 128 CST, pero realmente es

importante precisar que, a partir de este precepto, no resulta válido despojar de incidencia salarial uno claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, toda vez que la ley no faculta a las partes para que dispongan que aquello que por esencia lo es, deje de serlo (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475).

Sobre este tema se ha pronunciado reiteradamente esta Sala de la Corte, entre otras, en la providencia CSJ SL, 1.° feb. 2011, rad. 35771, que explicó lo siguiente:

> Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.
>
> Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

También, en la providencia CSJ SL1993-2019, dijo lo siguiente:

> De esta manera, no basta con referir que como la denominación de un rubro coincide con aquellos que consagra taxativamente el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, no es factor salarial, en la medida que un pago seguirá predicándose como tal si cumple las condiciones previstas en la ley, aun cuando exista estipulación en contrario, pues se impone la realidad sobre las formalidades, a más de que tal y como lo aduce el recurrente la naturaleza salarial proviene de lo dispuesto en el artículo 127 *ibidem* y no es dable su desconocimiento por lo previsto en la primera preceptiva enunciada.

Por lo anterior, reitera la Corte que es deber del juez desentrañar cómo está pactado un determinado pago sobre el que recae la discusión del contenido salarial, y confrontarlo con los hechos probados en juicio.

En el presente caso, de la cláusula cuarta del contrato de trabajo se evidencia que se estableció una remuneración mensual del laborante que estaría conformada por dos factores: un salario ordinario y una bonificación de asistencia condicionada.

En ella, se dispuso, además, que el bono de asistencia se causaría, por dos indicadores: *(i)* el aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo –determinado mensualmente por la puntualidad, la asistencia y la permanencia en el puesto de trabajo–; y, *(ii)* el desempeño del empleado y de su equipo de trabajo en las disposiciones de higiene, salud y medio ambiente (HSE).

De lo anterior se desprende que uno de los elementos de la causación de dicha bonificación era la asistencia del trabajador, lo cual demuestra que era una directa retribución del servicio, tal como lo consideró el juez colegiado.

Ahora bien, dicha cláusula del contrato de trabajo consagra que, si esta se causaba, se tendría en cuenta para efectos del cálculo de las prestaciones sociales, las cesantías y sus intereses y las primas de servicios, los aportes a seguridad social, las contribuciones parafiscales, la indemnización por despido sin justa causa y las vacaciones

compensadas en dinero; y no se consideraría para el pago de recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo.

Para el *ad quem*, dicha excepción no contrariaba las normas legales, es decir, concluyó que un factor salarial podía ser objeto de exclusión para liquidar alguna acreencia laboral, si las partes así lo acordaban.

Es así como debe establecerse, si esta conclusión inicial desde el ámbito probatorio, implicó un alcance errado de la consecuencia que implicaba, esto es, si un concepto salarial podría dejar de ser considerado al momento de liquidar un derecho que tomaba como base para su cálculo los de esta naturaleza.

En torno a este punto, debe puntualizarse, que si bien el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza a las partes para excluir el carácter salarial de ciertos pagos, no quiere decir ello, que tal posibilidad pueda ser utilizada de manera libre, arbitraria y sin restricciones, de modo que se suprima esa condición de ciertos pagos, que realmente lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018 y CSJ SL1899-2019).

A juicio de esta Sala, existió error en esta consideración del *ad quem*, pues, a la vez que determinó que las sumas que retribuyen directamente el servicio del trabajador

constituyen salario, como es el caso, estimó que no se incluyen para efectos de trabajo suplementario y vacaciones disfrutadas.

Esta contradicción constituye un error jurídico, derivado de la interpretación de los artículos 127 y 128 del CST, pues tales conceptos que constituyen salario, no pueden dejar de serlo por acuerdo entre las partes; además de que una cosa no puede *ser* y *no ser* al mismo tiempo, tal como ha quedado establecido desde el principio de identidad.

Se precisa entonces, que esa posibilidad que brinda el artículo 128 del CST, solo puede recaer sobre aquellos conceptos que, pese a no compensar directamente la labor, podrían llegar a ser considerados salario, tales como auxilios de alimentación, habitación o vestuarios, primas de vacaciones o navidad, tal como se explica en la sentencia CSJ SL5159-2018.

En este mismo sentido que acaba de ser expuesto, dentro de un caso que involucraba a CBI como demandada, se pronunció esta Corte en la providencia CSJ SL1259-2023, donde se puntualizó lo siguiente:

> Ahora bien, pese a que el Tribunal en sus reflexiones partió esencialmente de las mismas reglas, al final concluyó que el pacto previsto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo les permitía a las partes excluir de la base para la liquidación de ciertos pagos una determinada acreencia, sin que con ello se desconociera su naturaleza salarial.
>
> En otros términos, para el *ad quem* una cosa era el *salario*, con todas sus dimensiones, y otra diferente los *factores salariales*. Y tal distinción le permitió sostener que un determinado elemento,

siendo salario, podía no obstante dejar de tener la connotación de factor salarial, en virtud de un pacto confeccionado por las partes, en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dicha intelección es errónea, como ya se anotó, y desconoce el espíritu de las reglas encaminadas a clarificar el propósito de los pactos de exclusión salarial y evitar que en ejercicio de los mismos se desconozcan los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

[…]

Es decir que, en el entendimiento que le ha dado la Sala a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo no cabe la diferenciación que elaboró el Juez de segundo grado, ni es posible justificar que, a través de un acuerdo entre las partes, se determine un salario apenas formal y nominalmente, pero se le niegue esa condición de manera real y material, al impedir que sirva de base o parámetro para la liquidación de las demás acreencias laborales que tienen como referente ese concepto.

En tal sentido, si una determinada suma es salario, lo debe ser para todos sus efectos y no es posible que, como lo ha dicho la Corte, *sea y no sea al mismo tiempo*.

Ahora, la Sala entiende que técnicamente sí existe una diferencia entre el salario ordinario o básico, que se identifica con la retribución ordinaria, directa y habitual, y el salario expresado en su connotación natural, que comprende, este último, todos los factores y elementos que contempla el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Igualmente, también es verdad que cuando las partes crean algún beneficio extralegal tienen la potestad de determinar su estructura, causación, periodo y forma de pago, dentro de lo cual pueden determinar que se liquide con el salario ordinario y no con el salario global o promedio, pues con ello no se desconoce algún derecho mínimo e irrenunciable del trabajador.

Sin embargo, para la Corte no es posible que, en ejercicio de esta diferenciación conceptual, y teniendo como fundamento la interpretación del Tribunal, las partes disgreguen la remuneración ordinaria del trabajador, de manera artificial, para que el salario básico termine disminuido y que, tras ello, algunas acreencias legales mínimas, que deben servirse de ese referente terminen también menguadas, en perjuicio de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Es decir, los pactos de exclusión salarial no pueden instrumentalizarse para desagregar el salario básico y, por esa vía, reducirlo, eliminando de esa condición ciertos pagos que, por

su naturaleza la tienen.

Para la Corte, en últimas, esto fue lo que ocurrió en este caso, pues en la cláusula cuarta del contrato de trabajo, que la censura denuncia como indebidamente valorada en el primer cargo, las partes pactaron la bonificación de asistencia de una forma tal que representaba en realidad una forma de salario variable, pero regular, y que, por ello, debía formar parte del salario ordinario y del salario completo, con todas sus connotaciones y efectos en la liquidación de las demás acreencias.

Conforme lo expuesto en precedencia, al concluirse que la bonificación de asistencia tiene connotación salarial, y que, desde el punto de vista jurídico, ello no se le podía negar para unos efectos, le asiste razón a la censura al controvertir lo decidido por el fallador de segundo grado.

En consecuencia, se casará la decisión impugnada en cuanto la incidencia salarial del referido concepto, incluyendo la liquidación para el trabajo suplementario –con incidencia en la liquidación de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social– y vacaciones disfrutadas en tiempo.

IX. CARGO TERCERO

Aduce que *«ataca la sentencia con fundamento en la causal Tercera de casación por vía indirecta, por violación de los artículos 65 del CST, en consecuencia, los artículos 168, 179 y 187 del CST».*

Indica que el sentenciador de segundo grado incurrió en los siguientes yerros fácticos:

Dar por no demostrado contra evidencia que el empleador actuó de mala fe cuando incorporó a los contratos una fórmula de liquidación y causación de la Bonificación de asistencia que desconocía el carácter salarial de este pago.

No dar por demostrado que el empleador actuó de mala fe al afectar el pago de horas extras, trabajo suplementario, dominicales y festivos al pagarlos en un porcentaje menor al que indica la ley.

No dar por demostrado estándolo que la conducta del empleador implicaba un fraude a la Ley, que implicaba para el trabajador un empobrecimiento inversamente proporcional al lucro que recibía el empleador.

No dar por demostrado que el empleador originalmente conocía y reconocía el carácter salarial del pago denominado Bonificación de asistencia y que luego modificó la redacción de los contratos de trabajo para desconocer el carácter salarial del pago.

No dar por demostrado estándolo, que el empleador utilizo (sic) la fórmula de la cláusula cuarta del contrato con carácter simulatorio puesto que, en la práctica, desconocía los condicionamientos pactados a la hora de cancelar y pagar.

Y que ello ocurrió, por la apreciación indebida de las siguientes pruebas:

Contrato de trabajo del demandante con la empresa CBI COLOMBIANA S.A (F.13-23).

Contrato de trabajo del señor WILLINTON AVILEC (F.47-56)

Política salarial de Reficar 2010 denominada PROCEDIMIENTO PARA LA IMPLEMENTACION (sic) DE LA POLITICA (sic) SALARIAL DE REFICAR S.A. EXTENSIVOS (sic) A TRABAJADORES DE CONTRATISTAS DURANTE LA CONSTRUCCION (sic) DEL PROYECTO DE EXPANSIÓN DE REFINERIA (sic) DE CARTAGENA (F.57-71)

Política salarial de REFICAR 2011 denominada ACTUALIZACION (sic) DE LA POLITICA (sic) SALARIAL DE REFICAR EXTENSIVA A TRABAJADORES DE CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS DURANTE LA CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO DE EXPANSION (sic) DE LA REFINERA (sic) DE CARTAGENA. (aportada en contestación de demanda).

Política salarial de REFICAR 2013 denominada ACTUALIZACION (sic) DE LA POLITICA (sic) SALARIAL DE REFICAR EXTENSIVA

A TRABAJADORES DE CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS DURANTE LA CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO DE EXPANSION (sic) DE LA REFINERA (sic) DE CARTAGENA (aportada en contestación de demanda).

Sostiene que,

El error del Tribunal consistió en apreciar mal la prueba documental referente al bono de asistencia y de ella considerar que el empleador obró con buena fe al ser cumplidor de las obligaciones pactadas en el contrato, cuando precisamente fue todo lo contrario, ese pacto fue ilegal lejano de la realidad, ya quitarle su incidencia salarial a un pago que retribuye la prestación del servicio para el pago de las prestaciones sociales y vacaciones, es un acto carente de buena fe ya que no podía hacer por ser retributivas del servicio prestado en horas extras y que fueron habituales.

Refiere que, al abrigo de figuras de desalarización o de exclusión salarial, en fraude a la ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza, y, en consecuencia, liquidar sobre ellas prestaciones sociales que luego son entregadas al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto desprovisto de buena fe; situación similar a la acontecida en este proceso, en el que las horas extras se pagaban como bonificación por cumplimiento de metas, *«y no se tenían en cuenta para liquidar cesantías, primas de servicio ni vacaciones»,* lo cual insiste, no es obrar de buena fe como equivocadamente lo entendió el fallador de segundo grado, del referido pacto.

Resalta que,

Más adelante en los folios (57-71), se encuentra el documento denominado procedimiento para la implementación de la política salarial de REFICAR extensivos a trabajadores de contratistas durante la construcción del proyecto de expansión de la refinería de Cartagena, en el folio (59) se observa el objeto, el cual reza:

> "Reglamentar los lineamentos de la política de salarios y prestaciones: de Reficar s.a, aplicables a los contratistas y sub contratistas que participan en la construcción del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena, sin excluir el deber del contratista de consultar y cumplir la normatividad laboral y de seguridad social, a fin de determinar las precisas obligaciones a cumplir con sus empleados".
>
> Más adelante en el mismo folio (59), se observa en el numeral segundo el alcance, que indica:
>
> "La Política Salarial ha sido diseñada para ser aplicada a partir del 1° de junio de 2010: hasta finalizar las actividades de ejecución del Proyecto de Expansión de la Refineria (sic) de Cartagena exclusivamente. Para los contratos en ejecución al momento de su entrada en vigencia se les aplicará sin ningún tipo de retroactividad.
>
> Esta política cubre los trabajadores de los siguientes tipos de contratos:
>
> • Obras: Se aplica a todas aquellas personas que estén 100% dedicadas al proyecto de la expansión de la Refinería y trabajando dentro del área del-Proyecto.
>
> • Servicios: Se aplica a todas aquellas personas que estén 100% dedicadas al proyecto de la expansión de la Refinería y trabajando dentro del área del Proyecto.
>
> Es importante aclarar que no aplica a los empleados de los proveedores".
>
> Por ultimo (sic) podemos observar el numeral 4.2 de este documento (F.60-61), que refiere a la bonificación, el cual reza:
>
> "La bonificación por empleado será proporcional al tiempo trabajado y se liquidará en relación con el cumplimiento del tiempo de trabajo planeado; y en futuro en relación con su desempeño en HSE. En principio esta bonificación será afectada por la llegada no puntual. (15 minutos tarde), o ausencia del puesto de trabajo, o retiro injustificado del mismo".

Concluye que los referidos medios de prueba informan que el empleador en el 2010 era consciente de que el mencionado crédito retribuía el servicio; y que, sin embargo, para la fecha en que suscribió el contrato de trabajo, el manejo que se le dio a ese concepto, pasó sin explicaciones

jurídicas o de orden práctico a uno de naturaleza no salarial; lo que constituye un acto desprovisto de buena fe que evidencia el ilegitimo interés de dicha parte de pagar menos dinero al trabajador, de generar una economía en sus costos laborales.

Agrega que, de conformidad con los volantes de pago que reposan en los folios 29 a 45, se observa que cada mes laboraba horas extras, nocturnas, dominicales y festivas, que eran remuneradas teniendo en cuenta solo el salario básico, desconociendo para su cálculo todos los conceptos salariales que recibía, especialmente la bonificación de asistencia.

X. CONSIDERACIONES

Denuncia el casacionista la sentencia impugnada de violar por la vía indirecta en el submotivo de aplicación indebida el art. 65 del CST.

Frente a la pregonada infracción advierte la Sala de manera preliminar, que no se debe realizar pronunciamiento alguno, pues versa sobre la indemnización moratoria que consagra la referida norma, la cual no fue abordada por el *ad quem*, al concluir la improcedencia de la pretensión principal, es decir, la reliquidación peticionada.

Lo anterior, por las posibilidades del recurso extraordinario, pues si no hubo manifestación sobre el tópico por parte del juez colegiado, menos puede deducirse la configuración de yerros jurídicos o fácticos (CSJ SL, 17 sep.

2008, rad. 33450; CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 38700; CSJ SL, 8 feb. 2011, rad. 35493; CSJ SL, 1° nov. 2011, rad. 36468; CSJ SL16497-2016; CSJ SL17803-2016; y CSJ SL5107-2020).

En consecuencia, se configura una carencia material de objeto sobre el cual debería recaer el pronunciamiento.

Por consiguiente, el cargo no resulta fructífero.

Sin costas en esta sede, ante la prosperidad de los dos primeros embates.

XI. SENTENCIA DE INSTANCIA

Adicional a lo expuesto en el recurso de casación, debe decirse que el *a quo* declaró la existencia entre las partes de un contrato de trabajo entre el 26 de marzo de 2012 y el 31 de mayo de 2014, que terminó por extinción del plazo fijo pactado; así mismo, declaró ineficaz la cláusula cuarta del contrato de trabajo, que le restó naturaleza salarial a la bonificación de asistencia para efectos de retribuir el trabajo suplementario de horas extras, dominicales y festivos, y por lo tanto, impuso las condenas pertinentes, entre ellas, la indemnización moratoria.

Contra esa providencia la pasiva interpuso recurso de apelación, en lo concerniente a los siguientes aspectos: la violación del principio de congruencia, al no haberse pedido en el libelo genitor la declaratoria de ineficacia de la referida

cláusula; además, que aquella era de causación condicionada, no retributiva directamente del servicio del actor.

Igualmente, que, en caso de confirmarse la decisión frente a la naturaleza salarial del mencionado bono, debía revisarse la liquidación, por cuanto su causación se daba los días 30 y 31 de cada mes, por lo que solo se podrían reliquidar las horas extras causadas en esas fechas; que estaba demostrada la buena fe, ante la inminente convicción de estar pagando conforme a lo acordado, ya que el demandante aceptó la oferta salarial, nunca reclamó, la USO en la convención acogió la bonificación y mantuvo su no incidencia salarial; y que debía examinarse las agencias en derecho impuestas, por ser muy elevadas.

Por ende, procede la Sala a pronunciarse en lo pertinente.

La pregonada violación del principio de congruencia que impone conformidad entre la sentencia, y las pretensiones y defensas deducidas en juicio (art. 281 CGP), no se presenta, debido a que del libelo genitor se evidencia que la declaratoria de ineficacia de la cláusula cuarta del contrato de trabajo celebrado entre las partes, que le restó incidencia salarial a la bonificación de asistencia, y demás pretensiones consecuenciales, en efecto fueron solicitadas por el actor.

Lo referente a la ineficacia de esa cláusula, a la luz de los arts. 127 y 128 del CST, fue el asunto que se abordó al

resolver la casación, concluyendo que en realidad lo es, por lo que no puede restarle connotación salarial, específicamente para la liquidación de los recargos por trabajo extra, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, en la medida que debe mantenerse esa naturaleza frente a todas las acreencias laborales, y no para unas sí, y otras no.

Tratándose de la peticionada revisión de la liquidación objeto de condena, bajo la consideración de que como la bonificación de asistencia se daba los días 30 y 31 de cada mes, solo se podrían reliquidar las horas extras causadas en esas fechas, ha de decirse que no le asiste razón a la accionada, porque según el contrato laboral, el trabajador tiene derecho a una bonificación mensual *«calculada y pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio»*.

En lo que respecta a la buena fe, presupuesto que debe examinarse a efectos de deducir la procedencia de la indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del CST, debe decirse que encuentra la Sala, como lo señala la accionada, que tenía razones atendibles y ceñidas a la buena fe para dejar de pagar las diferencias que encontró acreditadas el *a quo*, aplicando lo expuesto en la providencia CSJ SL2964-2023, proferida en un caso de idénticos contornos al presente, en el que se dijo lo siguiente:

> […] para la Corporación, la sociedad demandada tuvo razones atendibles y ceñidas a la buena fe para dejar de pagar las diferencias que encontró acreditadas el juzgador de primer grado;

> y aunque esta Sala ha determinado en algunos casos que, cuando los empleadores acuden a algunos de los pactos previstos en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, con el ánimo de restarle carácter salarial a ciertos factores que sí lo son, si procede la indemnización moratoria, pero en este caso en particular, no se advierte una intención de querer desfavorecer al trabajador, pues por el contrario, lo que se evidencia es que la accionada continuó con una política salarial que tenía como base algunos parámetros definidos por la Refinería de Cartagena S. A., lo que no resulta errónea, de cara a las reglas trazadas en la jurisprudencia frente al alcance de los componentes del salario y, se itera, que ni negó ni restó el carácter salarial de la bonificación y, en todo caso, no comporta mala fe.

Así las cosas, deduce la Corte que la demandada formuló explicaciones acorde a la buena fe para dejar de pagar la diferencia que halló el juez de primer grado, en tanto que, su actuación atendió la firme convicción, de que estaba amparada por un «*pacto de exclusión salarial*» conforme lo alegó en la contestación de la demanda, que como ya lo señaló la Corte en el precedente citado; «*provino de una confusión conceptual que, en todo caso, no entraña mala fe ni, se repite, algún ánimo defraudatorio*»; aunado a que fue una cláusula avalada por el sindicato dentro del proceso de negociación colectiva.

En consecuencia, ante la improcedencia de la indemnización moratoria, se impone a cargo de la pasiva, la indexación de las sumas objeto de condena, la cual es un mecanismo de actualización frente a la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

Para el efecto se tendrá en cuenta el IPC certificado por el DANE, así como la fórmula que establece que, VA = VH x IPC FINAL / IPC INICIAL.

En este aspecto se modificará la sentencia de primer grado, concretamente el ordinal 6º de la parte resolutiva, para disponer que en lugar de la indemnización moratoria procede la indexación de las sumas objeto de condena.

Por último, en lo que tiene que ver con la informidad de la demandada relativa a la imposición de las costas causadas en la actuación, es preciso destacar que estas constituyen un rubro económico que debe asumir la parte que resulte vencida en el juicio, en este caso, la accionada, de manera que el hecho de alegar que las agencias impuestas son elevadas, no es más que un argumento subjetivo que no tiene la virtualidad de exonerarla de su pago.

Así se dijo en la providencia CSJ AL736-2014:

> En efecto, la normatividad aludida, establece que la condena en costas se impondrá a la parte vencida en el proceso, o a quien le sea resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.
>
> Entendidas entonces las costas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida judicialmente, que en este caso es el demandante, no es procedente acudir a criterios subjetivos, para que sea exonerada del pago de las mismas, pues ni siquiera el principio de gratuidad previsto en el CPT SS art. 39, se extiende a las agencias en derecho.

Sin costas en la alzada.

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia

dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021), en el proceso promovido por **ROBINSON OROZCO CORTEZ** en contra de **CBI COLOMBIANA SA - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**.

Sin costas en el recurso extraordinario.

En **SEDE DE INSTANCIA**, se **RESUELVE**:

Se **MODIFICA** el ordinal 6º de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena el 24 de enero de 2018, en el sentido de que, en lugar de la indemnización moratoria, procede la indexación de las sumas objeto de condena, en los términos expuestos en la parte motiva.

Se **CONFIRMA** en lo demás.

Costas de las instancias como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Firmado electrónicamente por:



ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA



ÓMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ
No firma con permiso

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: F8D97585AEAECD5A221A838FDED7A489ABB64C4AA1A27AA3DBCEEEE282C1667D
Documento generado en 2024-11-14