ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

Magistrada ponente

SL989-2024

Radicación n.° 99459

Acta 14

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **DANIEL ENRIQUE VERGARA ÁLVAREZ**, contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el proceso que instauró en contra de **CBI COLOMBIANA S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL.**

I. ANTECEDENTES

Daniel Enrique Vergara Álvarez demandó a CBI Colombiana S.A. en liquidación judicial (en adelante CBI S.A.), para que se declarara la existencia de un vínculo laboral entre ellos, del 16 de agosto de 2012 al 19 de febrero de 2015.

Solicitó la reliquidación y el pago de las prestaciones sociales y vacaciones con *«[…] base en las bonificaciones habituales que devengó el trabajador»,* así como la ineficacia de los pactos de exclusión salarial, contenidos en el contrato de trabajo y la Convención Colectiva de Trabajo.

También, que se pagara la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización por despido sin justa causa, la indexación y las costas del proceso.

En sustento de sus pretensiones, manifestó que celebró el 16 de agosto de 2012, un contrato de trabajo por obra con CBI S.A., para desempeñarse como ayudante civil, el cual fue modificado a término fijo mediante otrosí del *«[…] 25 de febrero de 2013»* y nuevamente *«[…] a contrato de obra con fechas 23 de febrero de 2014 y 8 de junio de 2014».*

Detalló que se fijó como salario $1.536.185 y como bonificación por asistencia *«[…] $691.284»*, no obstante, realmente devengó un promedio de $4.543.608. Igualmente, que ejecutó sus labores personalmente en Cartagena, atendió las instrucciones de su empleador y cumplió con el horario que aquel le impuso.

Resaltó que la demandada, al momento de liquidar sus prestaciones sociales, no tuvo en cuenta que el bono de asistencia, el incentivo de progreso, el de progreso tubería,

el HSE, la prima técnica y el de productividad, retribuyeron directamente sus servicios.

Comentó que, por ello, la empresa no le canceló la indemnización por despido ni las prestaciones sociales y vacaciones de conformidad con lo realmente devengado; mucho menos las «*[…] bonificaciones a que tiene derecho*».

CBI S.A. se opuso a las pretensiones y frente a los hechos, aceptó el contrato de trabajo, el otrosí del 25 de febrero de 2013, el salario, el valor de la bonificación por asistencia, el cargo del demandante y que aquel ejecutó las tareas que le fueron asignadas en la ciudad de Cartagena, dentro del horario indicado.

Argumentó que el bono de asistencia no retribuyó las labores del extrabajador, al no ser una contraprestación directa del servicio, sin embargo, «*[…] si* (sic) *se consideró como salarial, para efectos del pago, entre otras, de todas las prestaciones sociales*».

Precisó que el demandante no fue despedido, sino que el vínculo contractual del 16 de agosto de 2012 finalizó por mutuo acuerdo de las partes y el 11 de octubre de 2013, con el aval del Ministerio del Trabajo. Así mismo, que aquel del 12 de octubre de 2013, terminó por el cumplimiento de la labor contratada el 19 de febrero de 2015.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 17 de enero de 2019, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena resolvió:

> **PRIMERO:** CONDENAR a la parte demandada CBI COLOMBIANA S.A. a reconocer como factor salarial el concepto denominado PRIMA TÉCNICA, y en consecuencia se ordena la reliquidación de las prestaciones sociales en favor del señor demandante DANIEL ENRIQUE VERGARA ÁLVAREZ […].
>
> **SEGUNDO:** CONDENAR a la parte demandada CBI COLOMBIANA S.A. a efectuar el pago de las siguientes diferencias por concepto de reliquidación de prestaciones sociales en favor del señor Daniel Enrique Vergara Álvarez:

CONCEPTO	**DIFERENCIA**
CESANTÍAS 2015	$77.335
INTERESES CESANTÍAS 2015	$1.226
PRIMAS 2015	$89.161
TOTAL	**$167.722**

> **TERCERO:** ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda a CBI COLOMBIANA S.A. […].
>
> **CUARTO**: DECLARAR NO probadas las excepciones de mérito presentadas por la demandada CBI COLOMBIANA S.A., por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver los recursos de apelación de las partes, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante fallo del 29 de septiembre de 2021, revocó el de primera instancia y absolvió a la demandada.

Como problema jurídico se planteó determinar si el bono de asistencia, el incentivo HSE, progreso general y tubería y la prima técnica, tenían carácter salarial; de ser así, si había lugar a acceder a las reliquidaciones pretendidas y al pago de la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dijo que no estaba en discusión que las partes suscribieron dos contratos de trabajo, el primero, entre el 16 de agosto de 2012 y el 11 de octubre de 2013 y el segundo del 12 de ese mismo mes y año al 19 de febrero de 2015, el que se debatía en el presente litigio.

Indicó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo, salario era todo lo que recibía el trabajador, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, a menos que se tratara de prestaciones sociales, rubros para desempeñar las funciones y sumas ocasionales, entregadas por mera liberalidad del empleador.

También los pagos que por disposición legal no tuvieran un propósito remunerativo y *«[…] beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario»*, en consonancia con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y la jurisprudencia de esta Corporación.

Recordó que esta Corte fijó el alcance del artículo 128 del estatuto del trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 12 de febrero de 1993, radicado 5481, CSJ SL1101-2019, CSJ SL2707-2019 y CSJ SL3886-2020.

Bajo estos supuestos, concluyó que ***i)*** salario era todo aquello que recibía el trabajador como contraprestación directa de sus servicios; ***ii)*** no era posible que las partes haciendo uso del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, restaran el carácter salarial a un pago que por esencia lo tenía y ***iii)*** dicha norma, *«[…] habilita a las partes a establecer beneficios con exclusión salarial, potestad no absoluta, cuando recaiga sobre beneficios extralegales*», limitada puntualmente a dos eventos, el primero *«[…] para señalar que no es salario pagos no retributivos directamente del servicio»* o segundo, *«[…] 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».*

En ese orden, indicó que, en cada caso, el juez para determinar si un pago era o no retributivo del servicio, debía verificar si remuneraba la actividad del trabajador; si era habitual y que no existiera *«[…] 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».*

En punto al carácter de la bonificación por asistencia, consideró:

> Al revisar el expediente se observa que en este caso en particular que la bonificación de asistencia no fue pactada expresamente en el contrato de trabajo, pero no hay duda que la política salarial de Reficar constituye la fuente de derecho del citado bono y que aquella hace parte del contrato [que] establece que se entienden incorporadas al mismo, entre otras, las políticas laborales, dejándose en dicho documento constancia que al demandante le fue entregado un ejemplar de la política, que este la conocía y estaba de acuerdo con su contenido.
>
> Dilucidado lo anterior, y en claridad de la política salarial de REFICAR S.A. extensiva a contratistas y subcontratistas, como fuente de derecho del pago del bono de asistencia, se advierte en su numeral quinto, que los destinatarios de dicha política, tendrían como remuneración 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 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, aportes 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 pagada por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio.
>
> Como las pretensiones de la demanda, buscan la reliquidación de prestaciones sociales, debe decirse que para la liquidación de estas se pactó tener en cuenta la bonificación por asistencia, y así se evidencia de los volantes de pago allegados, anotando que se realizó (sic) las operaciones aritméticas correspondientes y se obtuvo que efectivamente la demandada tuvo en cuenta la bonificación de asistencia, por ejemplo para las cesantías del año 2015, reconoció $352.958 y las liquidadas en esta oportunidad asciende a $349.424, por lo que no hay lugar a fulminar condena alguna.

En lo relativo a los pagos de los incentivos de progreso, progreso tubería, HSE y prima técnica, advirtió que tuvieron su fuente en la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada

entre la USO y CBI S.A. para 2013-2015, la cual fue aportada con la correspondiente constancia de depósito.

Referenció su cláusula 12 y el anexo 1, denominado tabla de salarios y bonificaciones, y consideró que las partes en el marco de un conflicto colectivo de trabajo acordaron que aquellos no tendrían incidencia salarial, lo cual, era «*[…] totalmente eficaz a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo*».

Lo anterior, dijo, tuvo respaldo en lo explicado por esta Corporación en las sentencias CSJ SL, 5 de febrero de 1999, radicado 11389 y CSJ SL, 24 de agosto de 2000 y CSJ SL 7 de septiembre de 2010, radicado 37970.

Por tanto, expresó:

> 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 prestaciones sociales.
>
> 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 conocer beneficios superiores a los legales, pero no pueda convenir sobre los efectos o la incidencia salarial que estos tendrán […].
>
> En este orden de ideas, se tiene 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.

Concluyó que, dada la naturaleza convencional de los incentivos de progreso, progreso tubería, HSE y la prima técnica y la validez de ese convenio extralegal, no era posible declarar su incidencia salarial.

Por último, dijo que, de conformidad con resuelto, resultaba *«[…] inane pronunciarse sobre el resto del recurso de apelación […], en lo relacionado con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y la reliquidación de prestaciones sociales del año 2014, teniendo en cuenta la prima técnica convencional como factor salarial».*

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por Daniel Enrique Vergara Álvarez, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver de acuerdo con el alcance del recurso extraordinario y según los términos en que es presentado.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte proceda a,

> […] CASAR la sentencia totalmente y proceda [a] dar prosperidad a las pretensiones consagradas en el libelo demandatorio en los petitum se (sic) reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones del demandante conforme al salario realidad (sic) probado en el proceso. Además, se le entregue prosperidad a la petición de la demanda en el sentido que se le dé aplicabilidad a la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.
>
> Como consecuencia de lo anterior, Case en su totalidad la sentencia del Tribunal […] y en su lugar proceda a modificar la sentencia emanada del juez de primera instancia, otorgándole carácter salarial a las bonificaciones e incentivos […].

Con tal propósito, formula cuatro cargos que no son replicados y se resuelven conjuntamente, toda vez que presentan similares argumentos y pretenden un mismo objetivo.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia del Tribunal de violar,

> [...] por vía directa, por aplicación indebida del (sic) lo establecido en el artículo (sic) 127, en lo que se relaciona con la carga probatoria.
>
> La sentencia recurrida desconoce de forma inaceptable las siguientes normatividades: Constitución Política de Colombia; Art. 1, 2, 4, 13, 25, 26, 53, 93 [del] CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO; art. 1, 5, 9, 10, 13, 14, 15, 21, 43 y en especial el artículo 127, 128, 130 y 65 del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Igualmente desconoce el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo – Relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, lo cual condujo a la aplicación indebida del artículo 127 y 128 del C.S.T. y en especial del artículo 167 del C.G.P. en relación directa con los artículos precitados, que establecen las cargas probatorias.

Reprocha al Tribunal el equivocado entendimiento que le dio al concepto de salario, por cuanto el carácter que se le otorgó a las bonificaciones se fijó atendiendo «*[...] a la formalidad en la cual fueron creadas y no en la realidad constitutiva del salario*».

Señala que de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso y con la jurisprudencia de esta Corte y de la Constitucional, el salario no se determina a partir de lo que las partes convienen en los contratos o fijen

en textos convencionales, sino *«[…] por la finalidad que tenga el pago»*.

Por tanto, indica:

De tal suerte no es posible llegar a la conclusión como lo hizo el tribunal que por la existencia de la convención colectiva, no se podía discutir el carácter salarial de los pagos que tenían el apellido de convencional en los desprendibles de pago; debido a que en la demanda no se está pidiendo el pago, el mismo se dejó por sentado que se realizó por la demandada y lo recibió el demandante, lo que se persigue es la declaratoria de su incidencia salarial, ***porque los mismos responden a la contraprestación del servicio del trabajador.***

La interpretación adecuada a dichos preceptos ya fue dada por la Corte Constitucional en [la] sentencia C 710 de 1996: *"La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y* ***no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal****, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral".* Negrillas fuera del texto Original […].

De lo anterior, se (sic) deviene claro que si la magistrada ponente (sic) hubiera apreciado bajo el prisma de la sentencia anteriormente citada las normas que interpretó erróneamente, no hubiese llegado a la conclusión de descartar el carácter salarial de las bonificaciones apellidadas convencional porque la misma (sic) se encuentran pactadas en convención colectiva, pues quien debió demostrar la existencia de un pacto de exclusión salarial y su eficacia, en tanto no recaía sobre pagos verdaderamente salariales, es la parte demandada, si pretendía esquilmarse de una sentencia condenatoria, y no como erróneamente lo interpretó la magistratura de instancia, toda vez que los pagos que recibe el trabajador de su empleador dentro de una relación laboral se presumen remunerativos de la prestación del servicio y, por lo tanto [son] salario.

Por todo lo anterior, ruego a la Corte Suprema corrija el error cometido por el Tribunal […] y restablezca la vigencia del orden constitucional. En tal sentido, se tenga (sic) los siguientes incentivos: Incentivo Progreso Convencional, Incentivo de progreso de tubería, Incentivo HSE convencional, prima técnica convencional, como parte integral del salario del demándate (sic) de acuerdo a las pretensiones de la demanda.

VII. CARGO SEGUNDO

Denuncia la violación directa, por aplicación indebida de los artículos 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 13, 14, 24, 43, 65 y 130 de ese mismo estatuto; 13 y 53 de la Constitución Política; 51, 52, 60, 61, 77 y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 164, 165, 166 y 167 del Código General del Proceso.

Reitera el argumento del primer cargo, consistente en que erróneamente se estableció que las *«[…] bonificaciones»* no tenían impacto salarial, toda vez que así se contempló en la Convención Colectiva, sin comprobarse si en realidad retribuían o no sus servicios.

Apunta que estos *«[…] respondían a la contraprestación del servicio desplegado por el trabajador»*. También que, si existían dudas *sobre «[…] la existencia o no de un pacto de exclusión salarial sobre bonificaciones recibidas por el trabajador, estas entonces, se deben considerar salarios»*, tal cual lo dijo esta Sala de la Corte en la sentencia CSJ SL1798-2028.

Acude a los fallos CSJ SL8216-2016 y CSJ SL12220-2017 y considera:

> De lo anteriormente explicado nacen entonces cinco premisas que fundamentan el petitum de la demanda, las cuales se pasan explicar:
>
> Premisa de Validación:

Premisa 1: La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal C-710-1996.

Premisa 2: su habitualidad o periodicidad, su no entrega gratuita o libre y su vocación de acrecentar los ingresos del trabajador permiten concluir que estaba inequívocamente dirigido a retribuir directa e inmediatamente el servicio prestado (SL 8216 DEL 2016.)

Premisa 3: Las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter. (SL 35771, 1 feb. 2011).

Prima (sic) 4: 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. (SL 35771, 1 feb. 2011).

Premisa 5 Conclusión: La ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo. (Radicado 39475 del 2012).

Teniendo claro lo anterior entonces, se insiste como ya se explicó anteriormente que el único motivo por el cual el tribunal no decidió dar prosperidad a las pretensiones, es la existencia de la convención colectiva en el plenario, y como se habiendo (sic) explicando (sic) insistentemente esta carga probatoria no estaba en cabeza de la parte demandante, toda vez que los pagos que recibe el trabajador en una relación laboral se presumen remuneratorios.

VIII. CARGO TERCERO

Acusa la violación directa, por infracción directa del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo; 1°, 2°, 4°, 13, 25, 26, 53, 93 de la Constitución Política; 1°, 5°, 9°, 10, 13, 14, 15, 21, 43, 65 128 y 130 del estatuto laboral y el Convenio 95 de la OIT.

Recrimina al Tribunal haber determinado que, aunque la bonificación era salarial, resultaba posible restar esa incidencia para el *«[…] pago de horas extras, trabajo suplementario, recargos y dominicales*».

Exterioriza que el concepto de salario está protegido por los principios de los artículos 13 y 14 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que cualquier estipulación que *«[…] afecte o desconozca este mínimo, no produce efecto alguno, toda vez que dichos derechos son de orden público y no se pueden renunciar válidamente a ellos».*

IX. CARGO CUARTO

Manifiesta que hubo una violación por la vía directa pues,

> […] la sentencia recurrida desconoce de forma inaceptable las siguientes normatividades: Constitución Política de Colombia; Art. 1, 2, 4, 13, 25, 26, 53, 93 [del] CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO; art. 1, 5, 9, 10, 13, 14, 15, 21, 43 y en especial el artículo 127, 128, 130 y 65. Igualmente, desconoce el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo –relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, lo cual condujo a la interpretación errónea del artículo 128 del C.S.T. y en especial del artículo 167 del C.G.P. que establece las cargas probatorias.

Sostiene que la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, resulta procedente cuando el empleador no paga las prestaciones sociales al momento de la terminación del vínculo laboral.

Advierte que el Tribunal omitió pronunciarse sobre esta pretensión, a pesar de ser solicitada en la demanda inicial y en el recurso de apelación.

Recalca que no existe prueba que acredite la buena fe y las razones del incumplimiento de la demandada. Así las cosas, expone que,

> El Tribunal recurrido en su sentencia no hace estudio de dicha sanción moratoria, aunque la misma fue pedida en la demanda y su apelación, ciertamente dicha postura lo tomó por sustracción de materia, pues al no declarar diferencias prestacionales no tuvo a bien el estudio de la pretensión reclamada, con esto incurre en la inflación (sic) directa de la norma por falta de ampliación (sic).
>
> Más aun en este caso, la compañía accionada no aportó razones o elementos de juicio convincentes que le permitan sustraerse de la sanción moratoria más allá del nombre que les dio a los auxilios.
>
> En virtud de la pereza probatoria de la parte demanda (sic) no se le puede entregar ninguna justificación posible a lo ocurrido con las prestaciones sociales del quejoso, de tal suerte lo que deviene es sancionar con la sanción establecida en el artículo 65 del C.S.T. la actitud infundada y violatorio de derecho del hoy demando (sic).

X. CONSIDERACIONES

Conviene resaltar que desacierta el recurrente en el cargo primero al denunciar los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo de aplicación indebida y simultáneamente de ser interpretados erróneamente, por cuanto, una misma norma no puede ser atacada a la vez de dos submotivos de violación, al tener un origen distinto (CSJ SL, 25 mayo, radicación 22543).

Sin embargo, de un estudio integral del escrito, se deduce que el demandante lo que verdaderamente discute es el entendimiento que se le dio a dichos preceptos, por lo que el error de técnica resulta superable.

Conviene recordar que la sentencia atacada, luego de analizar la política salarial de Reficar S.A., estimó improcedente efectuar una reliquidación de los pagos laborales, teniendo en cuenta el carácter retributivo del bono de asistencia, por cuanto:

> Como las pretensiones de la demanda buscan la reliquidación de prestaciones sociales, debe decirse que para la liquidación de estas se pactó tener en cuenta la bonificación por asistencia, y así se evidencia de los volantes de pago allegados, anotando que se realizó las operaciones aritméticas correspondientes y se obtuvo que efectivamente la demandada tuvo en cuenta la bonificación de asistencia, por ejemplo, para las cesantías del año 2015, reconoció $352.958 y las liquidadas en esta oportunidad asciende a $349.424, por lo que no hay lugar a fulminar condena alguna.

Por su parte, en el cargo tercero, el impugnante sostiene que la interpretación que efectuó el Tribunal sobre esta temática fue equivocada, al decir que, aunque la mencionada bonificación de asistencia, era salario, resultaba viable que se le restara tal incidencia para el pago de horas extras, trabajo suplementario, recargos y dominicales, por *«[…] considerar que es un pago menor, entonces dicho pago se puede calcular con un salario disminuido al que en realidad recibe el demandante*».

Además, expresa:

> A su turno, como ya se dijo, viene acreditada la exclusión del bono de HSE y cumplimiento o llamado bono de asistencia, de

> la base de liquidación de ciertos estipendios, como es el caso de recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivos y vacaciones disfrutadas, exclusión que tal como fue redactada no pretendió quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía esa 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).

De esta manera, emerge evidente que el recurrente no cuestionó el argumento del Tribunal, relacionado con que la bonificación por asistencia sí se tuvo en cuenta por CBI S.A. para efectos de la liquidación final, de suerte que este punto de la sentencia debe permanecer sin modificación alguna.

Conviene anotar que esta Corporación, ha establecido que es deber del recurrente controvertir todas las inferencias fácticas y jurídicas que sostienen la sentencia impugnada, pues de no hacerlo, esta subsiste bajo la presunción de legalidad y acierto con la que viene revestida (CSJ SL1452-2018 y CSJ SL1927-2021). Así se dijo en el fallo CSJ SL3846-2021:

> Lo anterior significa, que el esfuerzo que el promotor hace en su disertación para tratar de acreditar unos supuestos desatinos fácticos, resulta a todas luces insuficiente, puesto que la columna argumentativa que sirvió de sustento a la decisión objeto de ataque, debió insoslayablemente cuestionarla y derruirla en su totalidad, en tanto ella es la que sostiene la misma, so pena de que permanezca inmodificable con soporte en los razonamientos inatacados, pues contrario al cumplimiento de tal carga procesal, la impugnante se ocupó de achacarle al Tribunal unos errores de hecho, que no son del caso entrar a estudiar, dados los defectos insalvables que se observan. De ahí que al quedar incólume el argumento medular que sirvió de apoyo al *ad quem* para proferir su providencia y, por lo tanto, con total independencia de lo atinada que pudiera

> ser o no, la misma se mantiene intacta, es decir, conserva enteramente las presunciones de acierto y legalidad que la revisten.
>
> Lo advertido impone a la Corte recordar, que, para la prosperidad del recurso de casación, es necesario que el recurrente controvierta todos los fundamentos de hecho o de derecho en que se basa la sentencia acusada, pues nada conseguirá si ataca apenas algunas razones soporte de la decisión impugnada o distintas de las expresadas por el Tribunal, como aquí se evidencia. (CSJ SL643-2020).

Vale la pena precisar que la segunda instancia en este puntual asunto, no expresó como equivocadamente lo quiere hacer ver el recurrente, que a pesar de que la bonificación de asistencia era retributiva, las partes válidamente pactaron que no se consideraría como tal para el pago de horas extras, trabajo suplementario y recargos dominicales, pues se insiste, eso no se abordó por el fallador, quien se limitó a citar la política salarial de Reficar S.A. y a concluir que dicho rubro, sí fue tenido en cuenta por la empresa para el cálculo de las prestaciones sociales, por lo que era improcedente la reliquidación pretendida.

En lo que sí tiene razón el impugnante, es en sostener que erró el Tribunal al concluir que como en el texto extralegal celebrado entre la USO y la demandada en 2013 en su artículo 12, se pactó que los incentivos no tenían incidencia salarial, ello, no podía cuestionarse, salvo que ocurriera *«[…] a través de la denuncia de la misma, y no a través del proceso ordinario».*

Esta Corporación ha explicado que en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1° del Convenio 95 de la OIT, constituye salario todo aquello que

recibe el trabajador, ya sea en dinero o especie, como contraprestación directa de sus labores, sea cualquiera la forma o el título que se le otorgue (CSJ SL3272-2018, CSJ SL4866-2020 y CSJ SL12220-2017).

No puede olvidarse tampoco que esa retribución, resulta ser un elemento esencial del trabajo subordinado, al constituirse en la fuente principal del empleado y su familia para subsistir en condiciones dignas, en los términos de los artículos 25 y 53 de la Constitución Política.

Adicionalmente, es el parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, por tanto, es determinante su definición y delimitación.

En punto a esta temática, la sentencia CSJ SL5159-2018, mencionó:

> En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).
>
> Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia.

> De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

Como se explicó, el salario resulta ser lo que recibe el trabajador como consecuencia de los servicios que presta, de manera que no lo son las sumas que entrega el empleador por causa distinta a ello, como aquellas que recibe no para enriquecer su patrimonio, sino para desarrollar de forma plena sus funciones.

Si bien esta Sala ha dicho que existen algunos criterios auxiliares para determinar si un pago es remunerativo, tales como la habitualidad (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto del total de los ingresos (CSJ SL, 27 noviembre 2012, radicado 42277), debe entenderse que estos son meros lineamientos, sin embargo, lo definitivo para comprobarlo, *«[…] consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado»* (CSJ SL5159-2018).

Ahora bien, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, permite que tanto empleadores como trabajadores acuerden que ciertos auxilios no posean carácter retributivo, sin embargo, ello no es una autorización para despojar de la incidencia salarial a pagos que en realidad la tienen, por cuanto, la «*[…] ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»* (CSJ SL, 13 junio 2012, radicado 39475 y CSJ SL12220-2017).

Al respecto en la providencia CSJ SL1993-2019, se dijo:

> 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 (subrayas fuera de texto).

Igualmente, en el fallo CJS SL5146-2020, se explicó:

> Sin embargo, como lo ha precisado esta Sala de la Corte, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899- 2019) [...].
>
> En este caso, las consideraciones jurídicas del Tribunal no fueron claras, pues, a la vez que determinó que las sumas que retribuyen directamente el servicio del trabajador constituyen salario y no dejan de serlo por el acuerdo individual o colectivo de las partes, estimó que, al tenor de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, las *«sumas habituales y que retribuyen directamente la prestación del servicio se pueden excluir de la base del cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, es decir que, a pesar de ser salario dichas sumas, estas pueden no constituir factor salarial para efectos de la liquidación de prestaciones sociales»*.
>
> Lo anterior es un evidente error jurídico derivado de la interpretación de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, como se explicó, los pagos habituales que retribuyen directa y realmente el servicio constituyen salario y no pueden dejar de serlo por acuerdo entre las partes, además de que una cosa no puede *ser* y *no ser* al mismo tiempo (subrayas fuera de texto).

En ese orden de ideas, es claro que se equivocó el Tribunal en el análisis que hizo de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, al sostener que los incentivos HSE, de progreso, progreso de tubería y la prima técnica no son salariales, ya que así lo dispusieron las

partes en el acuerdo colectivo, sin realizar un examen de si en realidad, remuneraban el servicio prestado por el demandante.

En consecuencia, se casará parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto confirmó la decisión de primera instancia que consideró que los incentivos mencionados y la prima técnica no eran salario. No casa en lo demás.

En lo referente a la indemnización moratoria, planteada en el último cargo, importa precisar que no hay lugar a emitir ningún pronunciamiento en casación sobre la eventual mala fe de la entidad, al ser un punto que solo resulta viable abordarlo en instancia.

Sin costas en casación dada la prosperidad parcial del recurso.

Como se observa en el expediente, reposan algunos volantes de pago del demandante, correspondientes a 2014 y 2015 (fls. 188 a 207, cuaderno de primera instancia, expediente digital), sin embargo, al ser analizados para proferir la sentencia de instancia, la Sala encuentra que faltan los correspondientes a octubre, noviembre y diciembre de 2013, enero y febrero de 2014 y enero de 2015.

Por tanto, para mejor proveer, antes de proferir la decisión de instancia, se oficiará a CBI S.A. en liquidación judicial, para que, en el término de 15 días calendario, contados a partir de la recepción de la orden que aquí se

imparte, allegue certificación en la que se evidencien **todos** los pagos que hizo la compañía a Daniel Enrique Vergara Álvarez a lo largo de su vinculación laboral, y en donde se discrimine el trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo y lo percibido por el trabajador por dichos conceptos.

Una vez se reciba la respuesta, por Secretaría se dará traslado a las partes en los términos el artículo 110 del Código General del Proceso. Con posterioridad, se proferirá la sentencia de instancia correspondiente.

XI. 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 proferida el veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) por la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el proceso que instauró **DANIEL ENRIQUE VERGARA ÁLVAREZ** en contra de **CBI COLOMBIANA S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, únicamente en cuanto no definió el carácter salarial de los incentivos y la prima técnica.

Para mejor proveer, antes de proferir la decisión de instancia, por Secretaría ofíciese a la demandada, en los términos y para los fines señalados en la parte motiva.

Costas, como se dijo.

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: BE58213E574A949E32536E141417FB6F5ABD141B3C90CD38F986A675DEFC1221
Documento generado en 2024-05-08