



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN

Magistrada ponente

SL1576-2023

Radicación n.º 96599

Acta 23

Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **EDWIN HERNANDO MARCHENA GUTIÉRREZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 9 de diciembre de 2021, en el proceso ordinario laboral que instauró el recurrente contra **CBI COLOMBIANA S. A.** hoy **EN LIQUIDACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

Edwin Hernando Marchena Gutiérrez demandó a CBI Colombiana S. A., con el fin de que se declare que estuvo vinculado a la sociedad accionada mediante un contrato de trabajo que se ejecutó entre el 1 de mayo de 2013 y el 4 de noviembre de 2014 y que aquella desconoció «*el orden legal*» al excluir la bonificación de asistencia para efectos de calcular y liquidar el trabajo suplementario, las horas extras

y bonificaciones.

Por otro lado, deprecó que se declare la ineficacia de todos los pactos suscritos en torno a la desalarización de los pagos recibidos por concepto de prima técnica, bonificaciones y «*demás prestaciones consagradas en el contrato*» y en consecuencia se disponga la reliquidación de sus prestaciones sociales causadas durante la vigencia de la relación laboral, así como las horas extras, nocturnas, dominicales y festivos, vacaciones pagadas y no disfrutadas, con su correspondiente indexación.

De la misma manera pidió la reliquidación y pago de los aportes al sistema de seguridad social integral en pensiones, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que fue vinculado por la accionada a través de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el 1 de mayo de 2013 para desempeñarse en el cargo de soldador A, percibiendo por ello una remuneración que, conforme a la certificación expedida el 4 de septiembre de 2014, tenía un componente denominado salario básico que ascendía a la suma de \$2.438.081 y otro relacionado como bonificación de asistencia, por un valor de \$1.097.136; rubros de causación mensual y, por consiguiente, «*tenían como causa, los servicios personales prestados*».

Adujo que la sociedad empleadora no incluyó el bono de

asistencia, «*como factor ni el incentivo por productividad*», para realizar las liquidaciones y pagos por concepto de trabajo suplementario, nocturnos, dominicales, festivos ni las vacaciones disfrutadas en tiempo.

Destacó que su remuneración estuvo conformada por varios valores así: *i)* un valor fijo denominado sueldo básico en cuantía de \$2.438.081; *ii)* una bonificación de asistencia por valor de \$1.097.136; *iii)* un incentivo de progreso por el monto de \$217.000; *iv)* una prima técnica por la suma de \$217.000; *v)* un incentivo HSE por el guarismo de \$217.000 y; *vi)* un bono de alimentación de \$213.410.

Sostuvo que de acuerdo a lo pactado «*la bonificación*» correspondía a una contraprestación de los servicios contratados y, en consecuencia, tenía el carácter salarial, no obstante, se desconoció y por ello se afectó la liquidación y pago de sus prestaciones sociales, pues de una remuneración mensual de \$3.535.217 solo el 50,8% se consideró como salario.

Puso de presente que la bonificación de asistencia se pagaba condicionada a dos factores, que se presentara en el sitio de trabajo y no se retirara injustificadamente y que no hubiera recibido llamados de atención relacionados con el incumplimiento de normas de salud ocupacional, lo que corresponde a las obligaciones previstas en los numerales 1 y 7 del artículo 58 del CST.

Relacionó las sumas que se le dejaron de cancelar por

concepto de horas extras diurnas y nocturnas y trabajo en dominicales y festivos y, destacó que el incentivo de progreso que se le otorgaba tenía como finalidad estimular el cumplimiento de las metas de producción y que en la medida que la prima técnica y el bono de alimentación se pagaba a todos los trabajadores de campo del proyecto de expansión de la refinería, «*sin mayores explicaciones*» eran emolumentos salariales, más cuando su concesión obedeció a la implementación del régimen salarial especial exigido por la Refinería de Cartagena a la convocada en el marco del mencionado proyecto de expansión.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la modalidad a través de la que fue vinculado el actor, los extremos de la relación de trabajo y el cargo para el que se contrató. Frente a los restantes supuestos fácticos sostuvo que no eran ciertos.

En su defensa señaló que el demandante fue vinculado a término fijo y bajo esa modalidad se ejecutó y prorrogó el contrato en tres oportunidades hasta que, bajo la égida del artículo 46 del CST, se le comunicó la decisión de finalizarlo como consecuencia del vencimiento del plazo previsto.

Por otro lado, sostuvo que durante el desarrollo del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena y vigencia de la relación de trabajo que existió entre las partes, existieron distintos «*estatutos extralegales*» en los que se

previeron ciertos reconocimientos con claros condicionamientos de causación y que como característica común tenían no contar con connotación salarial, pues su finalidad no era retribuir los servicios prestados.

En cuanto al *bono de asistencia*, materia de conflicto, aseveró que no se concebía como una contraprestación directa por las tareas subordinadas llevadas a cabo en su momento por el actor, al tenor de la cláusula cuarta del contrato de trabajo y las condiciones que para su causación de previeron, relativas al aporte del empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo y el desempeño en HSE. De manera que, no era dable considerar que fuera salario, aun cuando hizo las veces de un factor salarial para el «cálculo de salarios promedios de liquidación de acreencias laborales», que no parte del salario ordinario.

Respecto al incentivo HSE convencional, incentivo de progreso convencional, prima técnica convencional y bono de alimentación afirmó que correspondían a prebendas extralegales de origen convencional, y en esa medida contaban con una regulación expresa de ausencia de incidencia salarial, como se previó respecto de cada uno de ellos.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó buena fe, inexistencia de las obligaciones, prescripción, y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 21 de mayo de 2018 resolvió:

1. Declarar no probadas las excepciones de fondo formuladas por la defensa.
2. Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción, indicando que se encuentran prescritas todas las acreencias causadas a favor del señor EDWIN HERNANDO MARCHENA GUTIÉRREZ antes del 12 de mayo de 2014.
3. Condenar a la demandada a pagarle al demandante EDWIN HERNANDO MARCHENA GUTIÉRREZ la suma de \$316.569 por concepto de diferencias dejadas de pagar correspondientes a horas extras diurnas y nocturnas, y recargos dominicales y festivos y nocturnos causados desde el 12 de mayo de 2014 hasta el 20 de octubre de 2014.
4. Condenar a la demandada a pagarle al demandante EDWIN HERNANDO MARCHENA GUTIÉRREZ la suma de \$512.142 por concepto de diferencias dejadas de pagar correspondientes a las prestaciones sociales y vacaciones disfrutadas causadas desde el 12 de mayo de 2014 hasta el 20 de octubre de 2014.
5. CONDENAR a la demandada CBI COLOMBIANA S.A. a consignar en el fondo de pensiones en el que se encuentre afiliado el demandante EDWIN HERNANDO MARCHENA GUTIÉRREZ, el valor del cálculo actuarial correspondiente a los aportes no realizados sobre los siguientes salarios de los siguientes periodos, así:

Año	Mes	Salario	
2013	mayo	\$ 98.836	
	junio	\$ 152.761	
	julio	\$ 190.066	
	agosto	\$ 125.256	
	septiembre	\$ 23.569	
	octubre	\$ 32.075	
	noviembre	\$ 117.505	
	diciembre	\$ 136.685	
	2014	enero	\$ 128.915
		febrero	\$ 96.452
		marzo	\$ 33.133
	2015	agosto	\$ 34.285
septiembre		\$ 276.570	

6. Absolver a la demandada de las demás pretensiones de los demandantes.

7. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Para tales efectos se señala como agencias en derecho el 5% de las condenas impuestas.

Como sustento de su decisión el juez señaló que estaba demostrado que el bono de asistencia fue recibido por el actor de manera mensual, y que aun cuando la demandada asegurara que no constituía salario, ello no tenía sustento.

Precisó que las partes al celebrar el contrato de trabajo, previeron el pago de una bonificación de asistencia teniendo en cuenta *«la cantidad de inasistencias impuntualidad de esos retiros y por la ausencia o no de fatalidades relacionadas con HSE»*, pero que al revisar los documentos que contenían los pagos realizados mes a mes por la empresa al trabajador, se observaba que dicha bonificación se cancelaba en relación a los días trabajados, más no a las condiciones establecidas en el contrato.

Por otra parte, sostuvo que la bonificación ingresaba al patrimonio del asalariado pues no se pagaba para cumplir a cabalidad sus funciones o para desempeñar mejor su labor, unido a que correspondía aproximadamente al 45% de lo señalado por concepto de salario, es decir, que solo la bonificación correspondía casi a la mitad de ese ingreso, lo que indicaba que era un pago *«que sustancialmente mejoraba sus condiciones económicas, de ahí que diera paso a considerar que se pagaba por la prestación efectiva del servicio, sin que la demandada demostrara que no fuera así»*, y por ello concluyó *«que efectivamente ese salario debía*

tenerse en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales».

En consecuencia, dispuso la reliquidación de las horas extras y el trabajo dominical, festivo y, las vacaciones disfrutadas incluyendo el bono de asistencia; así como el pago de aportes a pensión, dada la incidencia que tuvo el que en la determinación IBC no se haya incluido el valor real del trabajo suplementario.

Respecto a los demás factores que se imploraron en la demanda inicial, correspondientes al incentivo HSE convencional, el incentivo de progreso convencional, la prima técnica convencional y el bono de alimentación, refirió que de conformidad con los volantes de pago que obraban de folios 30 a 37 del expediente correspondían a emolumentos de origen convencional.

Destacó que en el disco compacto que militaba en el folio 40 del plenario aparecía la convención colectiva de trabajo, la que en su artículo quinto previó expresamente que el pago por concepto de auxilio alimentación no tendría incidencia salarial, y que según *«la cláusula»* 12 del mismo acuerdo, los salarios y bonificaciones del personal beneficiario se aplicarían según el anexo uno.

Agregó que al revisar el aludido documento, visto a folio 11 del archivo, se advertía que en cuanto al incentivo de progreso se consignó expresamente lo siguiente: *«incentivo de progreso hasta el 10 % de salario básico sin incidencia*

salarial»; frente al incentivo HSE «que era hasta el 10 % del salario básico sin incidencia salarial» y sobre la prima técnica y el incentivo de progreso de tubería «dice sin incidencia salarial», de ahí que fuera dable colegir «que la voluntad de las partes celebrantes de la convención colectiva fue la de restarle incidencia salarial a esos pagos, por lo tanto no puede considerarse que tales pagos sean salario o que se puedan tener en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales de la parte demandante», más cuando en realidad no retribuían directamente el servicio para el cual fue contratado el actor.

Aludió a las sentencias CSJ SL, 7 sep. 2010, rad. 37970 y CSJ SL, 5 feb. 1999, rad. 11389 y puso de presente que tal y como se enseñó en dichas providencias, nada impedía que dentro de la libertad contractual que caracteriza el convenio colectivo de trabajo, las partes acuerden, en la medida que no afecten el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores por las leyes laborales, la naturaleza y los efectos que para las relaciones individuales de trabajo tendrán los beneficios y prestaciones que hayan sido instituidos como resultado del proceso de negociación.

Sobre la pretensión *«de cálculo actuarial correspondiente a los pagos no realizados al sistema de pensiones»*, indicó que accedería a ella, toda vez que *«no se tuvieron en cuenta unos pagos por concepto de salario entonces es evidente que hay lugar a la reliquidación de los aportes a la seguridad social y así se determinarán en esta oportunidad»*.

Frente a las excepciones de mérito propuestas por la

demandada adujo que debían declararse no probadas las denominadas buena fe e inexistencia de la obligación y, en cuanto a la prescripción sostuvo que era dable declararla probada parcialmente, toda vez que el vínculo laboral finalizó el 20 de octubre de 2014, hecho sobre el cual no hubo discusión y, la demanda fue presentada el 12 de mayo de 2017, motivo por el que se encontraban prescritas todas las acreencias laborales causadas antes del 12 de mayo de 2014.

Finalmente, arguyó que como la sentencia era adversa a la parte demandada esta sería condenada en costas y para tales efectos señaló como agencias en derecho el 5 % de las condenas «*calculadas al día del presente fallo*».

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes a través de proveído de fecha 9 de diciembre de 2021 dispuso:

PRIMERO: REVOCAR los numerales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, y SÉPTIMO** de la sentencia apelada de fecha 21 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena en este proceso Ordinario laboral de **EDWIN HERNANDO MARCHENA GUTIÉRREZ** contra **CBI COLOMBIANA S.A.**, para en su lugar **ABSOLVER** a **CBI COLOMBIANA S.A.**, de las condenas impuestas en primera instancia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en primera instancia a cargo de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de ½ SMLMV.

TERCERO: CONFIRMAR en sus demás partes la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. [...]

En lo que interesa al recurso extraordinario, el juez plural fijó como problema jurídico determinar si la bonificación de asistencia, incentivo progreso convencional y prima técnica convencional tenían carácter salarial y en caso afirmativo, si había lugar a las reliquidaciones pretendidas y la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.

Con el objeto antes trazado refirió que se encontraba demostrado que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año desde el 1 de mayo de 2013 al 4 de septiembre de 2014, en virtud del cual el promotor de la contienda se desempeñó como soldador A.

Sobre la incidencia salarial de la bonificación de asistencia y luego de reproducir los artículos 127 y 128 del CST adujo que, si bien las partes tenían la posibilidad de acordar libremente qué conceptos, beneficios, bonificaciones o auxilios, habituales u ocasionales podían o no constituir salario, ello era válido bajo los lineamientos definidos por la Corte a través de la sentencia CSJ SL5159-2018 de la que transcribió un fragmento.

De tal suerte que, no era correcto afirmar que se podía desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tenía esa naturaleza, bajo el supuesto de que ello provenía del acuerdo de las partes, pues, debía analizarse en cada caso en particular, en tanto a pesar de que por regla general, los

ingresos que reciben los trabajadores son salario, el empleador podía demostrar su destinación específica y que su entrega obedecía a una causa distinta a la prestación del servicio.

Con la anterior precisión destacó que en el asunto, en la cláusula cuarta del contrato de trabajo se pactó que el trabajador tendría como remuneración una asignación fija o salario básico 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); última bonificación de la que se estableció que no integraría la base de liquidación de ninguna acreencia que tuviera como referencia el salario ordinario, esto es, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, pero sí se tendría en cuenta para el cálculo de prestaciones sociales (cesantías, intereses y primas de servicios), aportes a seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido y vacaciones compensadas en dinero.

Partiendo de lo expuesto, se adentró en determinar el cumplimiento de los presupuestos previstos jurisprudencialmente, para establecer la connotación salarial de la aludida bonificación y destacó que al establecerse en la cláusula cuarta que dicho beneficio que se causaba por mes laborado o proporcionalmente por el tiempo de servicio, la convocada reconocía su carácter retributivo del

servicio, lo que se reforzaba con que las condiciones de causación implicaran el despliegue de la fuerza de trabajador del demandante quien además, lo recibió de manera habitual, conforme emergía de los volantes de pago allegados al plenario.

Aclaró que aun cuando entre las partes del contrato se suscribió un pacto de exclusión, para el colegiado ello no tuvo como objeto *«quitar carácter salarial a un pago que evidentemente tenía tal connotación»* sino acordar que tal bonificación no integraría la base de liquidación para la remuneración de los recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, lo que no resultaba contrario a la jurisprudencia y era permitido según las voces del artículo 128 del CST, de ahí que fuera un pacto válido y vinculante, más cuando si se incluía en la base de liquidación de las prestaciones sociales.

Agregó que su conclusión era el resultado *«de un nuevo análisis de la jurisprudencia»* de la Corte Suprema de Justicia en la que se avala que las partes pueden acordar que un determinado rubro no sea tenido como factor salarial para efectos de liquidación de algunas acreencias laborales sin que represente un menoscabo a los derechos del trabajador; estudio que además, de manera específica, se surtió en sede de tutela a través de la decisión CSJ STL11582-2020 en la que se arguyó que *«esta interpretación no resultaba descabellada, pues la misma se había edificado sobre el material probatorio aportado, las normas sustanciales que regulan el asunto y la jurisprudencia asentada por esa Sala*

de Casación y la Corte Constitucional sobre la interpretación del artículo 128 del CST», con lo que la Sala rectificaba su posición y con fundamento en ello sostener que no había lugar a la reliquidación pretendida.

En lo que hace a la incidencia salarial del incentivo progreso convencional y prima técnica convencional se refirió a la cláusula 12 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la USO subdirectiva seccional Cartagena y la demandada y destacó que en el anexo a que esta se remite, el cual hace parte integral del acuerdo colectivo, se previó que tales prebendas no tendrían incidencia salarial al tenor del artículo 128 del CST, lo que encontraba respaldo en las sentencias CSJ SL, 5 feb. 1999, rad. 11389 y CSJ SL, 24 ag. 2000, rad. 13985 y CSJ SL, 7 sep. 2010, rad. 37970 y en esa medida era totalmente válido.

Lo indicado como quiera que el principal propósito de la negociación colectiva no era otro que lograr que el empleador y los trabajadores llegaran a acuerdos que permitieran mejorar las condiciones laborales y la productividad a través de concesiones mutuas. De tal suerte que el pacto de exclusión salarial contenido en la CCT estudiada era lícito y, en todo caso, al ser producto de una negociación solo podía ser cuestionado a través de la denuncia del acuerdo y no por medio de un trámite ordinario, como se definió en otro proceso cuyo radicado único correspondía al 13001-31-05-004-2016-00384-01.

Finalmente manifestó que, no habiendo resultado sumas a favor del demandante por concepto de salarios o

prestaciones sociales, se relevaba del estudio de la indemnización moratoria pretendida y del análisis de la excepción de prescripción.

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 el recurrente que esta corporación case la providencia fustigada, para que, en sede de instancia revoque *«las absoluciones impuestas en el numeral primero de la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2021»* y en su lugar *«condene a la demandada CBI COLOMBIANA S.A., de tales condenas»*.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, frente a los que no se presenta réplica, los cuales se resolverán a continuación de manera conjunta pues a pesar de que se encauzan por sendas distintas, denuncian similar elenco normativo, persiguen el mismo fin y exhiben argumentos complementarios.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia del Tribunal por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida del artículo 127 del CST, en relación con los artículos 12, 14, 24, 43, 128, 139 y 65 *ibidem*; 13 y 53 de la CP; 51, 52, 60, 61, 77 y 145 del CPTSS;

164, 165, 166 y 167 del CGP.

Enlista como errores «*notorios*»:

1. No dar por demostrado, estándolo, que los pagos efectuados por la empresa CBI Colombiana S. A. a favor del demandante, denominado bonificación de asistencia, constituye esencialmente parte del salario.
2. 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.
3. No dar por demostrado, estándolo, que la cláusula cuarta del contrato suscrito entre Juan Franco Romero (sic) y la empresa CBI COLOMBIANA S.A. era estimuladora (sic).
4. No dar por demostrado estándolo, que la empresa CBI COLOMBIANA S.A. desatendía los condicionamientos que había incorporado en la causa (sic) cuarta del contrato de trabajo suscrito.
5. No dar por demostrado estándolo que la única causa del pago denominado bonificación de asistencia era la pura y simple prestación de servicio.
6. Dar por demostrado que existió un pacto de exclusión salarial valido 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 (Subrayado de la Sala).

Relaciona como pruebas apreciadas de manera indebida:

- Contrato de trabajo suscrito entre la empresa CBI COLOMBIANA S.A. y el demandante. (F.9-23).
- Contestación de la demanda presentada por CBI COLOMBIANA S.A. (F.98-125).
- Certificación laboral (F.24)
- Liquidación del contrato de trabajo. (F.37)
- Política Salarial de Refinería de Cartagena-REFICAR. (F.45-

59)

- Volantes de pagos de los meses mayo (F.25); junio (F.26); julio (F.27); agosto (F.28); septiembre (F.29); octubre (F.30); noviembre (F.31) y diciembre (F.32) de 2013; enero (F.33); febrero (F. 34); marzo (F.35) y julio (F. 36) de 2014.

Para dar desarrollo al cargo sostiene que es claro que la *bonificación de asistencia* reclamada en la demanda constituye salario, pues se trata de un pago de carácter remuneratorio que se cancela en proporción al tiempo de servicios, pues así expresamente se indicó en la cláusula cuarta del contrato de trabajo, que transcribe al igual que la quinta.

Asevera que de estas disposiciones emerge la relación de causalidad entre la prestación del servicio y el pago, de manera «*que no puede ser considerado nada diferente a salario*» como se analizó en la decisión CSJ SL2018-2021.

Transcribe apartes de la providencia CSJ SL5159-2018 y afirma que toda vez que la *bonificación de asistencia* se causaba mes a mes, de conformidad con lo manifestado por la Corte en la citada jurisprudencia, aquella debía entenderse como una retribución directa de la labor desempeñada por el trabajador, y por ello, resultaban infructuosos los «*vagos intentos de la demandada en esconder el carácter retributivo del servicio de la bonificación de asistencia*».

Agrega que esta corporación de vieja data ha instruido que es suficiente que el trabajador acredite que el rédito que alude tiene connotación salarial, fue reconocido por el

empleador de manera constante, periódica y habitual, para que le competa al último la carga de probar *«que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias»* lo que a su juicio no ocurrió respecto de la *bonificación por asistencia* en la que centra su reproche.

VII. CARGO SEGUNDO

Impugna la censura la decisión de segundo grado por la vía directa en la modalidad de aplicación indebida *«de la carga probatoria»*, al desconocer los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 26, 53, 93 del CST; artículo 1, 5, 9, 10, 13, 14, 15, 21, 43 y en especial el artículo 127, 128, 130 y 65 *ibidem*; así como el Convenio 95 de la OIT relativo a la protección del salario, ratificado por la Ley 54 de 1992, además de haber incurrido en la interpretación errónea del artículo 127 y 128 del CST y en especial el artículo 167 del CGP *«en torno a las cargas probatorias»*.

Argumenta que de la contestación de la demanda presentada por CBI Colombiana S. A. emerge que hubo una mala fe por parte de aquella *«al reconocer solo para unas cosas (liquidación del contrato laboral e indemnizaciones) más no para el pago de las prestaciones sociales y el trabajo suplementario del trabajador»*, lo que la hacía acreedora de la sanción moratoria e intereses moratorios que contempla la

ley sustancial en la materia, lo que «*el Tribunal y el juzgado conecedor del proceso, pasó por alto*», como emergía de un fragmento de la decisión del primero, por lo que era dable entonces casar la providencia fustigada.

VIII. CONSIDERACIONES

Pues bien, lo primero que debe advertir la Sala es que de los tres conceptos que se estudiaron en la alzada, en la sustentación de los cargos no se efectuó referencia alguna al incentivo progreso convencional y a la prima técnica convencional de los que se estimó no eran salario o no tenían incidencia salarial, lo cual queda incólume, dado que tal como se deriva del desarrollo de los reparos del censor, su inconformidad en sede extraordinaria se circunscribe a controvertir lo referente a la denominada bonificación por asistencia, así como la consecuente indemnización moratoria o «*intereses moratorios*», por lo que en sede de casación se contraerá su estudio a esta puntual súplica.

Con la precisión efectuada se memora que el Tribunal fundamentó su decisión absolutoria de las diferencias por la inclusión del bono de asistencia, en que de conformidad con la cláusula cuarta del contrato de trabajo suscrito entre las partes, se acordó que el actor como contraprestación a sus servicios recibiría una remuneración mensual conformada por dos factores, uno de ellos fijo o básico y otro, una bonificación, cuya causación estaba determinada igualmente por dos indicadores, la cual sería tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales, aportes a

seguridad social, contribuciones parafiscales, indemnización por despido injusto, y vacaciones compensadas en dinero, pero no para la liquidación por recargos por trabajo suplementario, recargos nocturnos, dominicales, festivos ni para vacaciones disfrutadas en tiempo.

Agregó que la demandada no había desconocido la naturaleza salarial de dicha bonificación y, en esa medida el pacto de desalarización, en realidad, consistió en acordar que, pese a que el *bono de asistencia* era salario, no sería tenido en cuenta para la liquidación del trabajo suplementario ni para las vacaciones disfrutadas en tiempo; lo que según la jurisprudencia de esta Corte, era eficaz, en tanto se trataba de un pago extralegal que no menoscababa los derechos del trabajador y que solo se excluía respecto de algunos conceptos siendo válido que las partes pactaran su exclusión para liquidar ciertas acreencias; y que por ello, no había lugar a la reliquidación pretendida.

Por su parte la inconformidad de la censura gravita en que el hecho de que en la cláusula cuarta del contrato de trabajo suscrito con la demandada se haya pactado que la *bonificación por asistencia* no se tendría en cuenta para la liquidación de recargos por trabajo suplementario, recargos nocturnos, dominicales, festivos y vacaciones disfrutadas en tiempo, no resulta acorde con el artículo 128 de CST ni con la jurisprudencia de esta Sala, pues al ser salario, debía tomarse como factor salarial para la liquidación de todos los emolumentos.

Además, que el colegiado se equivocó al no revertir en el

empleador la carga de probar que dichos reconocimientos no tenían como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio y, adicionalmente, estima que tampoco era posible tener en cuenta esa condición salarial solo para unas cosas, de manera que se negara para otras, como el cómputo del trabajo suplementario y las vacaciones.

Así, le corresponde a la Sala dilucidar si el juzgador de segunda instancia se equivocó al considerar que aun cuando la *bonificación de asistencia*, en los términos pactados en la cláusula cuarta del contrato de trabajo, era salario, se podía excluir de la base para la liquidación de los recargos por trabajo suplementario, recargos nocturnos, dominicales, festivos y vacaciones disfrutadas en tiempo; así como si erró al desconocer que la carga de desvirtuar la connotación salarial de los pagos efectos al actor, por dicho concepto, recaía en cabeza del empleador.

Pues bien, desde lo jurídico debe destacarse que esta corporación en torno a la posibilidad de fijar pactos o cláusulas de exclusión salarial, en la sentencia CSJ SL1798-2018 reiterada en la CSJ SL5159-2018, ha adoctrinado que por regla general, todo lo que recibe un trabajador por el desempeño de su actividad, es salario; y que, a contrario *sensu*, no lo serán aquellas sumas de dinero que se le entreguen para el cabal desempeño de sus funciones, se trate de prestaciones sociales o de pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador, entre otras circunstancias, que desdibujen la naturaleza propia de la retribución; así se dijo

en la providencia referida:

En este punto, juzga prudente la Sala recordar que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y (v) «los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto **expresamente** que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad» (art. 128 CST).

En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.

Desde este punto de vista, el Tribunal también desacertó al extender el acuerdo a beneficios no incorporados expresamente en él, como en este caso son las bonificaciones, cuya incidencia salarial se reclama.

Así las cosas, el juez plural, a efectos de establecer la naturaleza salarial del pago por concepto de *bonificación de asistencia*, acertó cuando precisó que había que revisar la literalidad del acuerdo pactado entre las partes y esencialmente analizar la razón por la que se cancelaba dicho rubro.

A pesar de lo expuesto, se advierte que bajo el análisis y reexamen del tema que sobre el pago habitual de la *bonificación de asistencia* ha hecho la Sala permanente de esta corporación, recientemente, a través de la sentencia CSJ SL1259-2023, se concluyó que ese concepto, por ser salario, debe incluirse para todos los efectos prestacionales a que haya lugar.

Así las cosas, esta Sala de Descongestión, en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1781 de 2016, acoge dicho precedente jurisprudencial, que al tenor señala:

En efecto, a partir de la interpretación de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo esta Corporación ha confeccionado una serie de reglas, condensadas en la sentencia CSJ SL5146-2020, de la siguiente manera:

1. Por regla general, en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

Dicha retribución, constituida como elemento esencial del trabajo subordinado y que sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, actúa además como parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, **vacaciones**, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, de modo que es de cardinal importancia su definición y delimitación en cada caso concreto.

[...]

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario *«las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador»*, así como *«lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones»*. Al respecto, en la sentencia CSJ SL5159-2018 se explicó:

(...) no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De

esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

3. En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).

4. Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, *«tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».*

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).

5. Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de *«desalarización»* solo pueden recaer sobre *«aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario»*, tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad.

[...]

6. La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación

diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

Al respecto también pueden verse las sentencias CSJ SL4866-2020, CSJ SL4342-2020, CSJ SL692-2021 y CSJ SL3574-2022, entre muchas otras.

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.

En efecto, en la citada sentencia CSJ SL5146-2020 se concluyó al respecto que:

[...] 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. (Se destaca en esta oportunidad).

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*.

Bajo esa directriz jurisprudencial 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.

De ahí la equivocación del fallador de segundo grado al considerar válido un pacto a través del cual, a pesar de advertir el carácter retributivo de la bonificación de asistencia, esta se excluyera de la base para liquidar el trabajo suplementario causado, así como las vacaciones disfrutadas.

Por otro lado, en lo que hace a la carga de la prueba en tratándose de discusiones en torno a la naturaleza salarial de los pagos efectuados a un trabajador, ha de resaltarse que, tal como lo ha previsto la jurisprudencia de esta corporación, esta se traslada al empleador, a quien le corresponde demostrar que su reconocimiento no tenía como fin remunerar la prestación de los servicios del asalariado.

No obstante la precisión anterior debe resaltarse que el

Tribunal no desconoció tal parámetro, en la medida que verificó que de acuerdo a lo pactado en el contrato de trabajo, la *bonificación por asistencia* correspondía a una contraprestación de los servicios prestados por el actor, y por ello, era salario. De tal manera que no tenía por qué revertir la carga de la prueba respecto de una inconformidad que en realidad no existió procesalmente.

Ahora, bastaría lo antes expuesto, para dar al traste con la sentencia; sin embargo, como también se hacen reproches de orden fáctico, la Sala se adentra en el estudio de la cláusula cuarta del contrato de trabajo que existió entre las partes, en tanto es respecto de esta sobre la que se despliega un ejercicio argumentativo encaminado a demostrarlos.

Sea oportuno precisar que a pesar de que en el primer cargo se denuncian como indebidamente apreciadas la contestación de la demanda inaugural, una certificación laboral, la liquidación de contrato de trabajo, la política salarial de la Refinería de Cartagena, y algunos volantes de pago, en el desarrollo de la acusación la censura no expone argumento alguno tendiente a indicar cómo pudo ocurrir ello ni su incidencia en la decisión fustigada, por lo que esos medios de convicción no serán estudiados en la esfera casacional.

Pues bien, la cláusula cuarta del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en la que se alude al salario pactado, corresponde al siguiente tenor:

4. REMUNERACIÓN

El Empleado tendrá como remuneración una asignación fija o salario básico en la cuantía señalada en la sección B) en pesos colombianos y pagaderos por períodos mensuales vencidos. Dentro de este sueldo mensual se entiende incluido el valor de la remuneración por los días de descanso obligatorio por el correspondiente mes de servicios.

Si y sólo si cumple con los términos y requisitos para acceder a ella, el Empleado tendrá derecho a una bonificación mensual cuya causación estará determinada por los siguientes 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”).

[...]

Los porcentajes de la bonificación por desempeño del Empleado y su equipo de trabajo en las disposiciones de HSE, se aplicarán sobre el valor de la bonificación resultante del aporte del Empleado en el cumplimiento del cronograma de su equipo de trabajo.

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. (Subrayado de la Sala)

Del fragmento reproducido advierte la Sala que, en los términos en los que se pactó, y atendiendo el criterio fijado en la sentencia CSJ SL1259-2023, la bonificación era una parte esencial de la remuneración ordinaria, como lo reclama el recurrente, en la medida que no solo se cancelaba mensualmente, esto es, de manera habitual, sino que dependía fundamentalmente de la prestación directa del servicio.

Y, aun cuando el monto podía ser variable, por el cumplimiento de ciertas obligaciones del trabajador, lo cierto es que, no dejaba por ello de tener ese componente salarial que define el artículo 127 del CST; de manera que no era dable restarle la naturaleza de salario ordinario a algo que por esencia lo era para efectos de tenerlo como base para la liquidación de unas acreencias laborales y otras no.

Ello en tanto, tal como se destacó en la providencia previamente citada, esto es, la CSJ SL1259-2023 «*justificaría el recurso a maniobras a partir de las cuales se podría desagregar el salario ordinario, en perjuicio de los derechos mínimos e irrenunciable (sic) del trabajador*», y con ello afectar la retribución del trabajo suplementario y de su tiempo de descanso durante las vacaciones.

Por lo expuesto, surge la equivocación del juzgador de la alzada, al concebir que el pacto de las partes no menoscababa los derechos mínimos del trabajador, como lo reclama la censura, pues, del análisis efectuado se deriva que el acuerdo encaminado a excluir la bonificación por asistencia de la base para liquidar el trabajo suplementario y las vacaciones representaba que el pago de tales emolumentos no se efectuara de manera completa.

De tal suerte que, los cargos son fundados y dan lugar a la casación parcial de la sentencia recurrida, en cuanto revocó la decisión del juzgador de primer grado cuando aquel consideró que la *bonificación de asistencia* era salario.

Respecto a la conducta constitutiva de mala fe que se le endilga a la sociedad demandada a la que se alude en el segundo cargo, la Sala abordará su estudio en sede de instancia.

Sin costas en el recurso extraordinario como consecuencia de su prosperidad y atendiendo a que no se presentó oposición.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

En lo que hace a la materia que fue objeto de discusión y prosperó en sede extraordinaria, esto es, el bono de asistencia, como ya se dijo el juez de primera instancia adujo que se encontraba demostrado que fue recibido por el promotor de la contienda de manera mensual y que a pesar de que la demandada aseguraba que no constituía salario ello no tenía sustento.

Lo indicado como quiera que de conformidad con lo acordado por las partes al momento de celebrar el contrato de trabajo, de manera expresa se previó el pago de una bonificación de asistencia teniendo en cuenta *«la cantidad de inasistencias impuntualidad de esos retiros y por la ausencia o no de fatalidades relacionadas con HSE»*, sin embargo, al revisar los documentos que contenían los pagos realizados mes a mes por la demandada, al actor, se observaba que dicha bonificación se pagaba en relación a los días trabajados, más no, a las condiciones establecidas en el contrato.

Por otra parte, sostuvo el juez unipersonal que la bonificación ingresaba al patrimonio del trabajador puesto que no se pagaba para cumplir a cabalidad sus funciones o para desempeñar mejor su labor, unido a que correspondía aproximadamente al 45% de lo señalado por concepto de salario, es decir, que solo la bonificación correspondía casi a la mitad de ese ingreso, lo que quería decir que era un pago *«que sustancialmente mejoraba sus condiciones económicas, de ahí que diera paso a considerar que se pagaba por la prestación efectiva del servicio, sin que la demandada demostrara que no fuera así»*, y por ello concluyó *«que efectivamente ese salario debía tenerse en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales»*.

En consecuencia, dispuso la reliquidación de las horas extras y el trabajo dominical, festivo y, las vacaciones disfrutadas incluyendo el bono de asistencia; así como el pago de aportes a pensión del colaborador, dada la incidencia que tuvo el que en la determinación IBC no se haya incluido el valor real del trabajo suplementario.

Frente a las excepciones de mérito propuestas por la demandada adujo que debían declararse no probadas las denominadas de buena fe e inexistencia de la obligación y, en cuanto a la prescripción sostuvo que era dable declararla probada parcialmente toda vez que el vínculo laboral finalizó el 20 de octubre de 2014, hecho sobre el cual no hubo discusión y, la demanda fue presentada el 12 de mayo de 2017, motivo por el que se encontraban prescritas todas las acreencias laborales causadas antes del 12 de mayo de 2014.

Inconforme con la anterior decisión el apoderado del demandante interpuso el correspondiente recurso de apelación exponiendo, por una parte, su reparo por no declararse la naturaleza salarial de la prima técnica y el incentivo de progreso (conceptos que valga la pena anotar, no fueron materia de pronunciamiento en sede casacional) y, adicionalmente, respecto a *«la no declaratoria de sanción moratoria por parte de CBI Colombiana toda vez que si fue declarado y fue explicado con suficiencia por parte del despacho en su argumentación la existencia de mala fe en la conducta del empleador»*, sin consideración alguna adicional.

A su turno, la parte demandada interpuso recurso de apelación señalando, en esencia, que de acuerdo a lo pactado entre las partes en el contrato de trabajo, la bonificación de asistencia no correspondía a una contraprestación directa del servicio y aun cuando se tuvo como factor salarial *«para unos eventos específicamente señalados, no puede entrar a reliquidarse pues para todos los eventos»*, a través del *«simple análisis de los comprobantes de pago que obran en el expediente»*, en tanto el proceso de nómina de la compañía suponía un trámite complejo que requería la participación de varias áreas de esta, de ahí que no pudiera examinarse como se hizo.

De manera subsidiaria solicitó que fuera revisada la forma en que fue declarada la excepción de prescripción, en tanto *«no puede entrarse al cálculo actuarial de todo aquello que haya sido causado anterior al 12 de mayo de 2014»* y que así mismo se revoque la condena en costas impuesta *«toda*

vez que el porcentaje de la condena en costas impuestas implicaría para mi mandante una doble condena».

Pues bien, a efectos de desatar la alzada en lo que respecta a la connotación salarial de la bonificación de asistencia reconocida al actor durante la vigencia de su contrato de trabajo en los términos de la cláusula cuarta de este, bastan las consideraciones expuestas en sede de casación en torno a la naturaleza salarial de tal concepto y, como lo determinó el juzgador de primer grado, la ineficacia del pacto entre las partes tendiente a restarle ese carácter específicamente para la liquidación de los recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo y las vacaciones disfrutadas en tiempo, lo que no fue el resultado de una apreciación «simple» de los desprendibles de nómina allegados al plenario, sino del estudio de dicho beneficio y de los criterios definidos por la jurisprudencia de esta corporación en torno a lo que es salario y los presupuestos para que un pacto de exclusión salarial sea válido.

Además, no hay discusión en torno a que en este asunto se dan los presupuestos, factores o indicadores que hacen referencia a la permanencia del trabajador en el sitio de labores, a efectos de cumplir el cronograma de trabajo y no retirarse injustificadamente; así como que no fue objeto de llamados de atención relacionados con el incumplimiento de normas de salud ocupacional o disposiciones de higiene, salud y medio ambiente (HSE).

Precisado lo anterior y en consideración a que los

apelantes no plantearon inconformidad alguna en torno a la liquidación de las diferencias y montos fijados por el sentenciador de primer grado, la Sala no realizará pronunciamiento al respecto y se dispondrá la confirmación de la providencia del juez unipersonal en este punto.

Ahora, aun cuando la demandada solicitó la revisión de la configuración de la excepción de prescripción no advierte la Sala desatino alguno del juez de primera instancia, quien estableció que, en la medida que dicho fenómeno solo se interrumpió con ocasión a la presentación de la demanda inicial, lo que ocurrió el, 12 de mayo de 2017, todas las diferencias causadas con anterioridad al 12 de mayo de 2014 como en efecto lo declaró.

Por otro lado, en cuanto a la prescripción del *«cálculo actuarial de todo aquello que haya sido causado anterior al 12 de mayo de 2014»* es preciso acotar que la súplica de reliquidación de aportes a pensión no está sometida a la prescripción extintiva como lo consideró el juez de primera instancia, en tanto constituye el capital indispensable para la consolidación y financiación de las prestaciones que se derivan del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, además, de estar ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, por consiguiente, se pueden reclamar en cualquier tiempo (CSJ SL738-2018). Motivo por el que, no le asiste razón a la empresa apelante.

En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria cuya absolución fue materia de reproche por parte del actor,

es preciso señalar que para la Corte la demandada tuvo razones atendibles y ceñidas a la buena fe para dejar de pagar las diferencias que encontró acreditadas el juzgador de primer grado.

Al punto es preciso señalar que aun cuando se ha considerado que cuando se acude a los pactos previstos en el artículo 128 del CST con el ánimo de desdibujar el carácter salarial de pagos que por esencia lo tienen, constituye una conducta de mala fe, en el asunto, como se sostuvo en la sentencia CSJ SL1259-2023 en la que se desató un conflicto de similares contornos, no se advierte un ánimo defraudatorio de la demandada, sino el seguimiento de una política salarial que tenía como base algunos parámetros definidos por la Refinería de Cartagena S. A. para que la convocada prestaba sus servicios como contratista.

Y es que lo que advierte la Sala es que el proceder de la accionada no estuvo encaminado a ocultar o negar de manera rotunda y total el carácter salarial de la bonificación de asistencia, sino solo de manera parcial y en torno a unas precisas acreencias laborales, lo que provino de una confusión conceptual referente a lo que comprende y debe entenderse como salario ordinario y no de un ánimo defraudatorio.

Así se sostuvo en la providencia CSJ SL1259-2023 ya referida:

En lo que tiene que ver con la indemnización por mora, que

reclama la parte demandante en su recurso de apelación, para la Corte 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.

En efecto, a pesar de que esta Sala de la Corte ha negado la buena fe de empresas que acuden a los pactos previstos en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo con el ánimo de desdibujar el carácter salarial de pagos que por esencia lo tienen, en este caso no se advierte un ánimo defraudatorio de la demandada, sino tan solo el seguimiento de una política salarial que tenía como base algunos parámetros definidos por la Refinería de Cartagena S. A., y que la Sala encontró errónea, de cara a las reglas trazadas en la jurisprudencia frente al alcance de los componentes del salario.

Nótese que la intención no fue ocultar o negar de manera rotunda y total el carácter salarial de la bonificación de asistencia, sino solo de manera parcial y en torno a unas precisas acreencias laborales, que para la Sala provino de una confusión conceptual que, en todo caso, no entraña mala fe ni, se repite, algún ánimo defraudatorio.

En cuanto a los intereses moratorios a los que se aludió en sede extraordinaria, es preciso destacar que en sede de instancia no resulta dable efectuar un pronunciamiento en torno a su procedencia, en consideración a que su imposición no fue materia del recurso de alzada, ni del escrito de demanda inaugural, de ahí que su alusión en casación haya correspondido a un reparo completamente nuevo.

Por lo expuesto, también se confirmará la decisión absolutoria en torno a dicho tópico.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la infirmitad 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 no es dable sostener que el porcentaje en que se determinó implicaría una doble condena, pues no es más que un argumento subjetivo que no tiene la virtualidad de exonerarlo 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.

De tal suerte que las costas de primera instancia correrán a cargo de la demandada como dijo el juez. En la alzada no se causan.

En conclusión, se confirmará íntegramente el fallo de primer grado.

X. 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 el 9 de diciembre de 2021 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **EDWIN HERNANDO MARCHENA GUTIÉRREZ** contra **CBI**

COLOMBIANA S. A. hoy **EN LIQUIDACIÓN** solo en cuanto le otorgó validez al pacto a través del cual a pesar de advertir el carácter retributivo de la bonificación de asistencia, esta se excluyera de la base para liquidar el trabajo suplementario causado, así como las vacaciones disfrutadas. **NO LA CASA EN LO DEMÁS.**

En sede de instancia, se **RESUELVE:**

CONFIRMAR íntegramente la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena el 21 de mayo de 2018 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN