

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25899-31-05-001-2021-00230-01
Demandante: **XIMENA PAOLA SABINO**
Demandado: **AUTOMOTORES COMERCIALES AUTOCOM S.A.**

En Bogotá D.C. a los **12 DIAS DEL MES DE JULIO DE 2023**, la Sala de Decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver los recursos de apelación interpuesto por éstas, contra la sentencia emitida 7 de junio de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

XIMENA PAOLA SABIO demandó a la sociedad **AUTOMOTORES COMERCIALES AUTOCOM S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral, se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, ineficaz la cláusula 13 del contrato en el que se pactó que los beneficios extralegales no tienen carácter salarial, por tanto lo recibido por *comisiones comerciales JV* y *acciones comisiones* constituyen factor salarial, que el vínculo fue terminado por la empleadora en forma unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene a pagarle el reajuste de sus prestaciones sociales – cesantías, intereses, primas-, el descanso remunerado, aportes a pensión con el salario realmente devengado durante toda la vida laboral, indemnizaciones de los artículos 64,65 CST, 99 Ley 50 de 1990 y, costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda, que la actora se vinculó a la sociedad demandada mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido, el 9 de julio de 2011, para desempeñar el cargo de *Jefe de Vitrina*, con un salario inicial de \$1.893.000; pactándose en la cláusula 13 que los beneficios extralegales, que reconozca el empleador, lo será a título de mera liberalidad y no tienen carácter salarial; que durante la vigencia del contrato, mes a mes se le pagaron las llamadas *comisiones comerciales JV y Acciones Comisiones* que retribuían la labor que realizaba la demandante, sin que fueran tenidas en cuenta como factor de salario para liquidar las prestaciones sociales y realizar los aportes para pensión; se le pagaba el salario y las comisiones aludidas mediante consignación inicialmente en Bancolombia y luego en el BBVA, a través de terceras personas como *Kía Plaza S.A., Credicorp Capital y Centro Empresarial*.

Sostiene que el 3 de agosto de 2017, la Jefe de Gestión Humana de la sociedad demandada, expide certificación en la cual señala que el salario devengado es la suma de \$1.893.000, más un variable promedio mensual de \$2.686.214 para un total de \$ 4, 578.214; el 6 de diciembre de la misma anualidad, en nueva certificación se indica el mismo salario y como factor variable promedio el valor de \$3.599.054, para un total \$5.492.064 al mes; el 26 de abril de 2019 el Gerente Administrativo y Financiero hace constar que el salario básico es de \$1.979.613, el variable promedio de \$3.606.389, para un total de \$5577.002; a partir del 1° de enero de 2019 se le aumenta el salario básico a \$1.980.613; que en las certificaciones no se especifica ni se es claro y concreto sobre la razón o el motivo para que se afirme que existe variables promedio mensual percibidos por la trabajadora.

Manifiesta que, durante el vínculo laboral, la empleadora consignó por concepto de nómina, bien en forma directa o por intermedio de terceros, las sumas de dinero que relaciona en los hechos 15 y 16 (fls. 4 a 7 PDF 01); que la accionada para efectos de certificar los ingresos y retenciones por rentas de trabajo y de pensiones, en formato de la DIAN, presenta un reporte de percibir por concepto de sueldos de los años 2013 a 2018, los montos que relaciona en el hecho 17 y en

Colpensiones los IBC que registra en el hecho 18 (fls. 7 a 11 ídem); que al practicar la demandada la liquidación final de prestaciones sociales de la accionante, no incluyó todos los factores salariales que percibía; que fue citada a diligencia de descargos el 6 de mayo de 2019, por dos facturas supuestamente falsas, en la diligencia se transcribe una cláusula del contrato que no está inserta en el mismo y se señala que el cargo es de *Gerente Comercial* cuando su cargo era de *Jefe de Vitrina*, no se registraron todas las preguntas ni respuestas emitidas “...únicamente se escribió en el acta lo que medianamente pudo a su antojo escribir el *Coordinador de Gestión Humana de la empleadora...*”; haciendo la actora la reclamación al momento de firmar, indicándosele que no era necesaria dado que se trataba de un trámite de rutina, no se le entregó copia del acta que solicitó.

Dice que, el 9 de mayo siguiente, fue citada a descargos nuevamente, para el otro día -10 de mayo de 2019- a las 3:00 p.m., igualmente se registró en la diligencia de descargos lo que el empleador consideró que era suficiente para sus intereses; que conoció que en días anteriores también habían citado a dos asesores comerciales y a un asistente que estaban a su cargo “...y por la información que le entregaron, en el sentido que no se levantó acta de lo por ellos manifestado, optó por grabar las dos (2) diligencias de descargos...”, que la diligencia finalizó a las 3:40 p.m., y a las 4:26 p.m. de ese mismo día, se le comunica la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo invocando una justa causa, en la carta de terminación no se tuvo en cuenta lo indicado por la trabajadora en relación con el cumplimiento de metas “...en cuanto a la no existencia de falta de inventario de camiones..”; que “...la meta de ventas no es acorde con la meta fijada a los asesores comerciales...” como tampoco “...lo relacionado con el número de asesores contratados por el empleador, que no eran suficientes y además se modificaban frecuentemente, esto es que o se despedían o se rotaban con otras sedes...”.

Expone respecto a las facturas que dieron lugar a la ruptura de su contrato, que “...no se analizó ni se valoró, que la trabajadora, no tenía como función revisar la autenticidad de las mismas...” sino que correspondía a otra área; que en dicho trámite se le vulneró sus derechos al debido proceso y derecho de defensa; que constantemente le estaban modificando tanto el número, como la planta de Asesores; solamente permaneció por varios meses Noel Ortiz Monroy; que el 1 de marzo de 2021

presentó vía correo electrónico derecho de petición solicitando la documental que relaciona en el hecho 42 (fl.14 PDF 01); ante el silencio de la demandada, interpuso acción de tutela; el 12 de abril de 2021 recibe respuesta al derecho de petición incompleta, dado que no remitió los desprendibles solicitados sino que elaboró una relación de algunos pagos realizados “...no se sabe a nombre de quién, no se inserta el nombre de la trabajadora...”, ni allegó copia de las citaciones a las diligencias de descargos, solicitó un plazo de 15 días para buscar la documentación de los años 2011 a 2013, la cual hasta el momento de la presentación de la demanda se ha negado a entregar (fls. 1 a 26 PDF 01 y 2 PDF 08).

La demanda fue repartida el 6 de mayo de 2021 al **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca** (PDF 000 Caratula), autoridad judicial que, inicialmente la inadmitió para que se subsanaran las deficiencias indicadas en auto de 17 de junio de 2021 (PDF 07) y, con proveído de 29 de julio de 2021, la admitió disponiéndose la notificación a la parte demandada, en los términos allí indicados (PDF 10).

La accionada **AUTOMOTORES COMERCIAL AUTOM S.A.**, dentro del término legal, recorrió el traslado, y procedió a dar contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, considerando que carecen de todo fundamento y de toda validez, que los extremos relacionados no corresponden a la realidad, que cualquier suma adicional que hubiere podido recibir la demandante, se otorgaba por mera liberalidad de la demandada y que se acordó por las partes expresamente que tenía naturaleza no salarial; el contrato terminó con justa causa el 10 de mayo de 2018, se le liquidó y pagó de manera completa y oportuna todas las acreencias laborales causadas en favor de la demandante durante y a la terminación del contrato de trabajo; así mismo en desarrollo del contrato, liquidó y consignó las cesantías en el fondo escogido por la trabajadora, de manera completa y oportuna, al igual que los intereses a las cesantías, las primas de servicios, las vacaciones, con todos los conceptos ordenados por la ley, por lo que no está obligada a la reliquidación pretendida.

Indicó que era cierto que la actora durante toda su relación laboral “...recibió como factor salarial comisiones y acciones comerciales sumas que fueron tenidas en cuenta para hacer la liquidación lo indica de manera clara la cláusula segunda del contrato laboral firmado entre la demandante y la Compañía...”; no es cierto que el pago lo haga a través de terceros, que “...CENTRO EMPRESARIAL, es el banco que dispersa los pagos mes a mes que la compañía remite para que sean consignados a cada uno de los empleados. Los pagos relacionados no concuerdan con el historial registrado en nuestra base de datos, relación que se anexo en el punto anterior...”; que la información de los años 2012 y 2013 “...no la podemos validar teniendo en cuenta que esta información era de la administración anterior, cuando se habla de terceros en este caso no aplica teniendo en cuenta que la compañía gira el dinero a el banco, el cual paga la nómina a sus empleados, por tal motivo en los extractos puede reflejar el nombre directamente de la entidad que dispersa los pagos, por otro lado la información que relaciona en las tablas no concuerdan con la información que reposa en la base de la compañía desde el años 2014 al año 2019...”.

Precisó que la actora fue citada a diligencia de descargos por irregularidades detectadas en el procedimiento de facturación de la compañía, en el acta de descargos del 6 de mayo de 2019, existió un error en la transcripción del cargo, así como en el objeto del contrato, sin embargo, el cargo de la demandante era de Jefe de Vitrina; que “...así mismo se puede evidenciar en a la pregunta No. 2 la señora Ximena Sabio indicó que el cargo que ella desempeñaba en la Compañía era de “jefe de sala”, funciones que se evidencia en el contrato de trabajo Clausula No. primera Objeto. No es un gravísimo error como lo quiere hacer la demandante toda vez que se presume la veracidad del contrato laboral firmado el 9 de julio de 2011...”; que la citación del 9 de mayo de 2019, fue por motivos diferentes, en esa ocasión la compañía quería tener conocimiento de las razones de incumplimiento en sus metas, “...en ningún momento la trabajadora presentó queja de acoso laboral...”.

Reiteró en el acápite de HECHOS, RAZONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA, que el contrato de la actora comenzó el 9 de julio de 2011, las bonificaciones recibidas por la trabajadora fueron pactadas entre las partes como no salariales y se daban, que la sociedad accionada cumplió de manera completa y oportuna todas sus obligaciones de naturaleza laboral durante la vigencia y a la terminación del contrato de trabajo de la actora, que “...actuó siempre con real y manifiesta buena fe, exenta de culpa, en lo que respecta al demandante...”. En su defensa, propuso las excepciones de fondo que denominó: prescripción, improcedencia de las

reliquidaciones – bonificaciones extralegales acordada como no salariales, cobro de lo no debido, pago y compensación, buena fe y, “Genérica” (fls. 3 a 18 PDF 12).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Funza – Cundinamarca, mediante sentencia de 7 de junio de 2022, resolvió:

*“(...) **Primero: DECLARAR** que, entre la aquí demandante, la señora XIMENA PAOLA SABIO y la entidad demandada AUTOMOTORES COMERCIALES AUTOCOM S.A., existió un contrato de trabajo que se mantuvo vigente entre el 09 de julio de 2011 al 10 de mayo del año 2019.*

***Segundo: CONDENAR** a AUTOMOTORES COMERCIALES AUTOCOM S.A., a reconocer y pagar en favor del aquí demandante la indemnización por terminación del contrato de trabajo, a razón de \$12.290.786, dinero que deberá pagar la aquí demandada de manera indexada.*

***Tercero: CONDENAR** a AUTOMOTORES COMERCIALES AUTOCOM S.A., a reconocer y pagar en favor del aquí demandante, debidamente indexado: el saldo pendiente de cesantías, así:*

*del año 2011, \$569.538,
del año 2012, \$446.937,
del año 2013, \$1.845.555,
del año 2014, \$3.433.555,
del año 2015, \$1.499.822,*

***Cuarto: CONDENAR** a AUTOMOTORES COMERCIALES AUTOCOM S.A., a reconocer y pagar en favor del aquí demandante la sanción moratoria del artículo 65 del CST, hasta 24 meses, a razón de \$65.687 contados a partir del 10 de mayo de 2019.*

***Quinto: CONDENAR** a AUTOMOTORES COMERCIALES AUTOCOM S.A., a reconocer y pagar en favor del aquí demandante, las costas del proceso las cuales se tasarán por Secretaría y al pago de las agencias en derecho las cuales se fijan en tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

***Sexto: ABSOLVER**, a la demandada AUTOMOTORES COMERCIALES AUTOCOM S.A., de las restantes suplicas de esta demanda...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 21 y 22 Cdo. 1ª. Instancia).*

III. RECURSOS DE APELACION:

Inconforme con la decisión, los voceros judiciales de las partes, interpusieron y sustentaron los recursos de apelación, en los siguientes términos:

De la parte demandante. “(...) Muy respetuosamente manifiesto que contra la anterior decisión interpongo el recurso de apelación para ante la Sal Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca a fin de que sea revocada parcialmente, en los siguientes aspectos:

El primer ítem que debió tener en cuenta la sentencia para imponer las condenas y sobre la cual no se hizo alusión alguna, es el sueldo devengado por la trabajadora en el último año, como el salario de la trabajadora fue variable es necesario establecer cuál fue el monto de los mismos. Realizadas las operaciones aritméticas de los sueldos de mayo a diciembre del año 2018 y los meses de enero a abril de 2019, nos arroja un total de \$75.467.396 que recibió durante ese año, la ley laboral ordena que cuando el sueldo es variable se tomara el promedio de lo devengado en el último año, ello implica que el salario mensual de la trabajadora era de \$6,288,949, en la sentencia no se dijo cuál era el salario que se tomaba como base, pero al parecer con base en la moratoria que impone, solo tomo como salario la suma de \$65 mil y unos pesos adicionales, en consecuencia ahí hay un error protuberante en la sentencia al establecer cuál es el salario promedio devengado durante el último año.

Igualmente interpongo el recurso de apelación, en cuanto hace alusión a la absolución de la demandada por el no pago de las cesantías de los años 2016 y 2017, 2018 y 2019, por cuanto es evidente que no se tuvo en cuenta el salario realmente devengado por la trabajadora, como bien lo citó la sentencia el artículo 127 que fue subrogado por la Ley 50 del 90 al señalar cuales son los elementos integrantes del salario, nos dice la norma que constituye salario no solo la remuneración ordinaria fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, en consecuencia era necesario que la sentencia tuviera en cuenta que como lo confesó la parte demandada, toda las sumas de dinero que la trabajadora recibió por concepto de pagos mensuales constituyen factor salario, incluyendo las carrocerías que el despacho ha excluido en su sentencia; en consecuencia todas las sumas de dinero que recibió la trabajadora ninguna es a título de mera liberalidad o no constituye factor salarial, no se tuvo en cuenta la confesión que realizó la representante legal sobre este aspecto en donde confesó muy claramente que todo lo que recibe la trabajadora (sic), y es que inclusive en la misma demanda, en la misma contestación de la demanda se acepta que todas las comisiones que concretamente a los hechos 5 y 6 de la demanda, fueron aceptados por la demandada; en consecuencia, todas las sumas de dinero que recibió la trabajadora cualquiera que sea la denominación, lo confeso la demandada, están retribuyendo su labor y por ende, constituyen factor salarial, En tales circunstancias todas las sumas de dinero por las cuales se impuso las condenas deben de ser modificadas.

Así, igualmente se debe condenar al pago, al reajuste de la indemnización por despido, resulta que la suma por la cual se condenó a la demandada a pagar esa indemnización, teniendo en cuenta que como ya lo manifesté el salario mensual promedio devengado por la trabajadora durante el último año, ascendió a la suma de \$6.288.949, lo cual implica que el salario diario de la trabajadora ascendía a la suma de \$209.631, sobre esa suma de dinero se debe liquidar la sanción por terminación del contrato de trabajo sin justa causa; igualmente sobre esa suma de dinero se debe liquidar todas y cada uno de los derechos laborales, que fueron como bien la señaló la sentencia, el acto de ausencia de buena fe por parte de la demandada, fueron mal liquidadas las cesantías, las primas, los intereses a las cesantías y las vacaciones; sobre las vacaciones se guardó total silencio en la sentencia; es necesario que esos derechos laborales de la

trabajadora, tal como fueron deprecados en la demanda, se vean reajustados, conforme al real salario devengado, reitero y soy enfático en eso, con base en el último salario devengado por la trabajadora.

Igualmente, y en el mismo sentido se deben reajustar todos y cada uno de los aportes a seguridad social, la sentencia se equivoca cuando señala que se hicieron pagos acordes a lo devengado, esto no se ajusta a la realidad del proceso y a lo demostrado dentro del mismo; está demostrado que la trabajadora recibía salarios superiores a los que reportó en acto de ausencia de buena fe la demandada ante Colpensiones donde estaba afiliada la trabajadora.

Igualmente, la absolución por la no consignación de las cesantías, igualmente apelo la sentencia, por cuanto las cesantías de los años 2016, 2017, 2018 y 2019 no fueron consignadas en forma total y completa, la empleadora actuando en ausencia de buen fe consignó sumas inferiores a las que realmente debía consignar las cesantías, aquí la sentencia se equivocó al realiza los cálculos aritméticos que eran necesario realizar y se incurrió en tal error por cuanto reitero no se tuvo en cuenta cual fue el salario que se devengaba por la trabajadora año a año conforme a todos los factores salariales que ella recibió durante la vigencia del contrato de trabajo.

Quiero resalta que, en esta oportunidad, se ha (sic), la parte demandada ha sorprendido con supuestamente existir dos contratos de trabajo, uno con una empresa anterior y otro con la demandada, eso nunca fue planteado en la contestación de la demanda y también se está asaltando y presentando un hecho nuevo para pretender justificar no cumplir con las obligaciones probatorias que estaban a su cargo.

En consecuencia, solicito revocar la sentencia en los aspectos ya planteados. Muchas gracias señora Juez..."

De la parte accionada: *"(...) Si su señoría, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación de la sentencia por las razones que expresare a continuación. Los puntos sobre los cuales presentare apelación, es el segundo: condena a indemnización; tercero, reconocimiento de saldo pendiente de cesantías 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015; cuarto: reconocimiento de sanción moratoria por \$65.687 contados a partir del 10 de mayo de 2019.*

Sustento mi recurso de apelación teniendo en cuenta que la prescripción de acuerdo al artículo 151 del CPTSS, respecto de todas las acreencias en las cuales haya transcurrido el tiempo, se debe causar la debida prescripción de las prestaciones y demás emolumentos aquí planteados en la demanda.

Segundo, es importante resaltar que el artículo 128 del CST, nos dice claramente que hay unos pagos que no constituyen salario; como lo vemos en el contrato laboral la cláusula décima tercera indica claramente que dichos algunos componentes no hacen parte salarial. Es importante tener en cuenta lo que dice este artículo que menciona que tampoco las prestaciones sociales de que trata los artículos 8 y 9 ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extraprocesal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario; esto es importante tenerlo en cuenta ya que la señora XIMENA SABIO conocía del contrato al momento de firmarlo, así mismo es importante tener claridad que el único contrato que se adjuntó al proceso es el que se firmó en el año 2016 donde se pactó un salario de \$1.800.000, entonces es importante que

el Tribunal estudie y analice cada una de las pruebas aportadas sobre esa impropiedad de reliquidaciones de bonificaciones extralegales acordadas como no salariales-

Adicionalmente indicó, que la compañía que represento, siempre actuó de buena fe durante toda la vigencia y a la terminación del contrato de trabajo de la demandante, cancelando todas las acreencias a las que tuvo derecho, dado que siempre tuvo la plena convicción que los pagos que se reclaman en este proceso sean o pues son salariales. Así mismo, se realizó la liquidación como lo podemos evidenciar se hizo el promedio de las comisiones recibidas en el último año y por eso vemos en el documento, en la liquidación que se realizó de manera adecuada.

Además, hay que tener en cuenta que el contrato de trabajo en su cláusula segunda estipulo claramente que el trabajador tendrá una remuneración variable de naturaleza salarial, cuyo monto será fijado de acuerdo con los parámetros que indique la Gerencia General. Por lo anterior, solicito se tengan en cuenta absolutamente todas las pruebas aportadas en este proceso, para pues se declare la absolución de los puntos 2, 3, 4 de la sentencia, ya..."

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado para alegar en segunda instancia, los apoderados de las partes, presentaron sus alegaciones, así:

La parte demandada, Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, señalando para ello:

"(...) I. Alegatos de conclusión:

En primera medida cabe la pena resaltar que la Demandante firmó contrato con la compañía el 9 de julio de 2011, donde la cláusula segunda indica claramente que su remuneración será de la siguiente manera: (transcribe cláusula).

Es así como con el cambio de administración hizo que la demandante obtuviera un salario básico por \$ 1.893.000 y un salario variable, esto a partir del 01 de abril de 2016, como lo indica el contrato de trabajo firmado en esa misma fecha.

Además, sin que implique el reconocimiento de ningún derecho deberá operar por el simple paso del tiempo de acuerdo con lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Prescripción y 488 del Código Sustantivo del Trabajo., respecto de todas las acreencias en las cuales hayan transcurrido más de tres (3) años desde el momento de su causación y hasta la fecha de presentación de la demanda.

Así mismo, La demandante fundamenta todas sus pretensiones en supuestas omisiones de mi representada al liquidar las diferentes acreencias laborales a las que tenía derecho, sin incluir como factor salarial bonificaciones que éste recibió durante la vigencia de su contrato de trabajo y que de manera expresa fueron acordadas como NO SALARIALES entre el accionante y mi representada con fundamento en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual permite a las partes acordar expresamente aquellos pagos no constitutivos de salarios, tales como bonificaciones, alimentación, vestuario, entre otros, a saber:

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. (...) Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni 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.” (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, no es procedente ninguna de las pretensiones del demandante, dado que todas y cada una de ellas tiene su fundamento en la reclamación de la supuesta naturaleza salarial de dichas bonificaciones que fueron acordadas expresamente con el empleador como NO SALARIALES en CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA del contrato de trabajo de la demandante en la que expresamente se pactó lo siguiente: “el empleador podrá reconocer beneficios, primas, prestaciones de naturaleza extra legal, lo que se hace a título de mera liberalidad y estos subsistirán hasta que el empleador decida su modificación o supresión, atendiendo su capacidad, todos los cuales se otorgan y reconocen, y el trabajador así lo acuerda sin que tengan carácter salarial y por lo tanto no tienen efecto prestacional o incidencia en la base de aportes en la seguridad social o parafiscal (...)”.

De igual manera, y con las pruebas aportadas que obran en el expediente se puede validar que mi representada canceló a la demandante todas las acreencias laborales causadas durante la vigencia y a la terminación de su contrato de trabajo, motivo por el cual constituye un cobro de lo no debido lo reclamado por el demandante en sus pretensiones.

Por último, Automotores Comerciales Autocom S.A siempre actuó de buena fe durante la vigencia y a la terminación del contrato de trabajo de la demandante, cancelando todas las acreencias a las que este tuvo derecho, dado que siempre tuvo la plena convicción de que los pagos que se reclama en este proceso sean declarados salariales, no tenían esa naturaleza, además que el demandante nunca realizó reclamación alguna en este sentido durante la vigencia de su contrato de trabajo. Por otra parte, la cláusula segunda del contrato laboral, estipulo claramente que “el trabajador tendrá una remuneración variable de naturaleza salarial, cuyo monto será fijado de acuerdo a los parámetros que indique la Gerencia General”, lo anterior significa que la trabajadora Ximena Sabio siempre recibió su salario variable siempre y cuando cumpliera las directrices de gerencia.

Como se evidencia en la audiencia la aquí demandante indico al despacho que ella desde el inicio de su relación laboral esto es el 9 de julio de 2011 recibió un salario básico de \$ 1.893.000, haciendo incurrir en error al juez, toda vez que la remuneración solo se causaba por los cobros que efectuara respecto de las ventas que realizara el trabajador....” (PDF 05 Cdo. 02SegundaInstancia).

A su vez, el apoderado de la demandante, solicita se revoque parcialmente la sentencia apelada, para que se modifique el monto de las condenas impuestas y se aumenten conforme el real salario percibido por la trabajadora durante la vigencia de su nexo contractual, para lo cual señala:

“(…) **SALARIO**

Fijados los presupuestos de existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales, aspectos sobre los cuales no existió controversia alguna, la tarea que debió cumplir la sentencia, era establecer el salario percibido por la trabajadora durante toda la vigencia de la relación, esto, si se tiene en cuenta que en el petitum, se impetra el reajuste de prestaciones sociales y ese salario igualmente es necesario para resolver sobre las

demás peticiones de la demanda, desafortunadamente la sentencia no determinó, no fijó, cuál era el salario percibido por la trabajadora año a año durante la vigencia del contrato de trabajo, si se tiene en cuenta que este era variable, esto es, compuesto por varios factores.

El art 14 de la ley 50 de 1.990, que subrogó el artículo 127 del C.S.T. y S.S., enseña que constituye salario, no solo la remuneración ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que se le entregue y entre estas denominaciones se encuentran “ las comisiones ”, las cuales en consecuencia, por mandato legal constituyen factor salarial, así lo ha señalado en reiterada y añeja jurisprudencia, baste citar una de las más recientes, como lo es la de fecha 13 de Febrero del año 2.019, con radicado No. 58156.

Adicional a lo anterior y para reiterar aún más que las comisiones percibidas por la trabajadora, en el cargo de jefe de vitrina de la demandada, retribuían su labor y por ende constituyen factor salarial, debe tener en cuenta, que al contestar los hechos 5 y 6 de la demanda, la empleadora, acepta y por ende se debe tener como confesión, que las llamadas COMISIONES COMERCIALES JV y las ACCIONES COMERCIALES, no solo se le pagaban mes a mes, sino que, además, retribuían la labor de la trabajadora.

De igual forma, al absolver interrogatorio de parte, la representante de la demandada, confesó, refiriéndose a la trabajadora, que “**...ganaba por absolutamente todo...**” que “**...todos los conceptos son salariales...**”, en estas circunstancias, era necesario, que la sentencia, analizara año por año, cuáles fueron los pagos que se le efectuaron a la trabajadora, por diferentes conceptos, algunos bajo el disfraz de bonificación, cuando, como ya se citó, la demandada confesó que todo lo que recibía la trabajadora son conceptos salariales, labor que reitero no se cumplió en la sentencia.

Como la trabajadora, carecía de los soportes de los pagos que se le efectuaron durante la vigencia del contrato de trabajo, mediante un derecho de petición solicitó el día 15 de Marzo del año 2.021, que la empleadora, le enviara los comprobantes de pago de sueldos y demás derechos laborales causados, fue necesario iniciar una acción de tutela para que la demandada, diera respuesta a dicha petición, la cual resultó totalmente incompleta, por cuanto a pesar de afirmar que “...emitimos copia de los siguientes documentos...”, lo cual no fue cierto, se envió una relación de supuestos pagos, a partir del años 2.014 y sosteniendo que se encuentran “...realizando la búsqueda correspondiente a los documentos correspondientes al año 2011, 2012, 2.013 por lo cual nos permitimos solicitar prorroga de 15 días....”, se evidencian los actos ausentes de buena fe por el empleador, al no remitir la copia de los documentos solicitados, sino a demás afirmando que están buscando los relacionados con los otros años.

Al contestar la demanda, concretamente el hecho 15, se afirma que la información de los años 2.012 y 2.013, no la pueden validar por cuanto correspondía a la administración anterior, hecho que no fue puesto de presente en la respuesta al derecho de petición, más los actos para no entregar la documental solicita, se modifican así: al contestar el hecho 17, ya se hace alusión que no se cuenta con información de los años 2.012, 2.013, 2.014 y 2.015, que solo poseen entre el 2.016 y 2.019, al contestar el hecho 44 de la demanda, cambian la argumentación, invocando como fundamento para no entregar la documental solicitada, no solo un supuesto cambio de razón social, sino además de administración, que les impide recuperar información de los años 2.011 a 2.013 y finalmente al contestar el hecho 46, señalan que no se logró recuperar información de los años 2.011 al 2.014. Toda la anterior argumentación incoherente por lo demás, para no aportar la documental solicitada y es que no solo es incoherente, sino además carente de pruebas que lo sustente, al proceso no se arrió prueba alguna, que demuestre que ciertamente la demandada cambió o modificó su razón social, o de administración, se trata de afirmaciones carentes de respaldo probatorio, resultando torpe este argumento, el cambio bien de razón social o de administración, no hace desaparecer la documental que por ley la demandada debe preservar, tan baladí argumento solo demuestra una total ausencia de buena fe en la empleadora, con el objetivo de no demostrar, lo manifestado por la representante al absolver interrogatorio de parte, en el sentido, que la trabajadora

no tenía pactado un sueldo básico para dichos años, la trabajadora siempre lo percibió, el argumento desafortunadamente recibió aceptación en la sentencia, como igualmente recibió aceptación que la demandada fabricara su propia prueba en cuanto a los salarios y prestaciones percibidos por la trabajadora, sin realizar ninguna recriminación a la demandada por tan absurdo y equivocado proceder, resulta totalmente contradictorio e incoherente lo afirmado por la demandada, cuando afirma que no posee información de los años 2.011 al año 2.14, más si puede afirmar sin ningún rubor, que para dichos años, la trabajadora no recibía salario alguno, que solo percibía comisión y bonificaciones no pactadas, por ello cabe preguntar, como obtuvo la absolvente esa información, si como en otros apartes sostiene que no tiene información de los años 2.011 al 2.014, evidente y clara contradicción de la demandada que no se valoró en la sentencia.

*No se tuvo en cuenta, que en la prueba fabricada por la demandada, se efectúan pagos a la trabajadora, bajo denominaciones, tales como: bonificación pactada no salarial, al proceso, no se arrimó prueba alguna, donde se hubiera pactado, que esa llamada bonificación, no constituía factor salario, brilla por su ausencia documento alguno que haga alusión a este pago; la bonificación por financieras, bonificación centro de costos y por bonificación carrocías, resulta equivocada la valoración y el análisis que realiza el a-quo, en el sentido que los pagos por carrocías no retribuían la labor de la trabajadora, tal como lo confesó la demandada, todos estos factores, todos son conceptos salariales, por ello al **REVOCAR** la sentencia, se debe concluir, que todos los pagos efectuados a la trabajadora, constituyen factor salarial, por cuanto se reitera, retribuían la labor de la trabajadora, la demandada no demostró cuanto menos insinuó, qué pagos realizaron por mera liberalidad como era su obligación probatoria, el pactar que algunos pagos efectuados no constituyen salario, es hacer uso abusivo de poder subordinante, que va en contra de la Ley, puesto que es esta quien determina que factores constituyen salario (Art 128 C.S.T.)*

En consecuencia, en el último año, esto es, entre el 10 de Mayo del año 2.018 y el 10 de Mayo del año 2.019, la trabajadora recibió ingresos totales por concepto de salario en cuantía de \$75'467.396,00 pesos, esto es un salario mensual de \$6'288.949,00 pesos, para en consecuencia percibir un sueldo diario de \$209.631,66 pesos.

La empleadora, en acto de ausencia de buena fe, para liquidar las prestaciones de la trabajadora a la terminación del contrato de trabajo, tomó únicamente como salario base la suma de \$5'346.972,00 pesos, que discriminó así: \$ 1'970.613,00 pesos, por salarios y la suma de \$3'376.359,00 pesos por comisiones.

*Todo lo anterior, implica que la empleadora, con total, ausencia de buena fe, dejó de incluir en la liquidación final de prestaciones, la suma de \$6'288.947,67 pesos, que era el real salario percibido por la trabajadora, por ello se impone **REVOCAR** la sentencia del a-quo, para reajustar los derechos reclamados en la demanda y algunos de ellos reconocidos en la sentencia.*

REAJUSTE DE CESANTIA

La sentencia equivocadamente omitió al valorar la prueba documental allegada por la demandada proveniente del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR, que no fueron consignadas las cesantías causadas por el año 2018, las que se debían consignar a más tardar el día 15 de Febrero del año 2019 las causadas durante el año 2018, basta para ello observar la documental elaborada por la demandada sobre pago efectuados en el año 2.019 a la trabajadora, allí no se relaciona pago de cesantía alguna, diferente a la reconocida en mayo cuando finalizó el contrato de trabajo.

Durante el año 2.018 según la prueba elaborada por la demandada a la trabajadora se le pagaron las siguientes sumas de dinero en forma mensual:

Enero \$6'446.893

Febrero \$9'632.294

Marzo \$9'051.113

Abril \$5'729.798

Mayo \$4'339.886
Junio \$4'847.519
Julio \$5'734.338
Agosto \$8'216.946
Septiembre \$6'104.780
Octubre \$7'930.305
Noviembre \$6'526.346
Diciembre \$7'609.613
Total \$71'587.974

En consecuencia, el salario mensual promedio devengado por la trabajadora durante el año 2018, que incluye solo según la prueba fabricada por la demandada salario, comisiones comerciales JV y acciones comerciales, un total de \$5'975.664, suma de dinero a la cual debe ser condenada la demandada.

A la terminación del contrato de trabajo, la demandada liquidó y pagó a la trabajadora por este concepto, la suma de \$1'930.851,00 pesos, tomando como base como ya se dijo, un salario de \$ 5'346.972,00, cuando como ya se analizó al real salario percibido en el último año, el cual debe ser base conforme a lo normado por el art 253 del C.S.T. y S.S. esto es la suma de \$ 6'288.949,67 pesos, por ello la cesantía a pagar ascendía a la suma de \$2'271.009 dejando en consecuencia de pagar la suma de \$340.158.36 a la cual debe ser condenada la demandada y en este aspecto la sentencia de debe ser REVOCADA, para condenar a la demandada a pagar esta suma de dinero, dejada de pagar en total ausencia de buena fe

REAJUSTE A LOS INTERESES A LA CESANTIA

Igual circunstancia ocurre con los interés a la cesantía, solo se pagó la suma de \$83.670,00 pesos, cuando en la realidad y conforme a la cesantía percibida se debe pagar la suma de \$97.170.00 a adeudando la empleadora la suma de \$13.500.00 pesos a la cual debe ser condenada, y en este sentido la sentencia debe ser igualmente REVOCADA

REAJUSTE DE PRIMA DE SERVICIOS

Al liquidar esta prestación social, la empleadora solo pagó la suma de \$1'930.851,00 pesos, cuando conforme al salario realmente percibido por la trabajadora, esta prestación ascendía a la suma de \$2'271.009. En consecuencia, se dejó de pagar la, suma de \$340.158,36 pesos, a la cual debe ser condenada la demandada REVOCANDO en esta forma la sentencia y condenando a la demandada a pagar dicha suma de dinero.

REAJUSTE DE VACACIONES.

En relación con las vacaciones la empleadora como se relaciona en la liquidación le debía a la trabajadora un total de 47.88 días, los cuales, con base en el real salario percibió, debió reconocer y pagar la suma de \$10'037.163,88 como continuando con sus actos ausentes de buena fe, solo pagó la suma de \$ 9'394.602.00 motivo por el cual debe ser condenada a pagar la diferencia, que asciende a la suma de \$642.561.00 y este aspecto igualmente la sentencia debe ser REVOCADA, imponiendo esta condena.

PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTIAS

Se deprecó en la demanda, se condenara a la demanda al pago de la indemnización consagrada en el art 99 de la ley 50 de 1.990, la sentencia al absolver parcialmente a la demandada de esta pretensión, sostiene que del año 2.016, en adelante no se encuentra ningún tipo de deficiencia en la consignación de la cesantía, la que si encuentra en el los años anteriores al 2.015, esta argumentación es equivocada, por cuanto si bien impuso condena por no consignación total y completa de la cesantías correspondientes años 2.011, 2012, 2013, 2014, y 2015, imponiendo las condenas respectivas, lo que no sucede con el año 2018, que como ya se dejó establecido no fue consignado por el empleador ante el Fondo de Cesantías Porvenir S.A., en cuantía de \$5'975.664.00 pesos.

El no consignar las cesantías ante PORVENIR lo cual no tuvo lugar hasta la terminación del contrato de trabajo, conlleva que la demandada deba ser condenada al pago de la suma de \$198.855.00 pesos diarios. Como la demanda fue presentada el día 5 de Mayo del año 2021, los derechos reclamados anteriores a los tres (3) años anteriores a esta fecha no se encuentra cubiertos por el fenómeno jurídico de la prescripción, por ello es pertinente, liquidar, esta indemnización entre el 5 de Mayo del año 2.018, hasta el 9 de mayo del año 2.019, cuando finalizó el vínculo laboral, que conlleva a una mora de 85 días, que a razón de \$198.850.00 pesos hace que la condena a imponer por este concepto ascienda a la suma de \$16'902.716.00 pesos, suma de dinero a la cual debe ser condenada la demandada, motivo por el cual la sentencia debe ser REVOCADA en este aspecto, para imponer esta condena y por esta cuantía.

INDEMNIZACION POR DESPIDO

Frente a esta pretensión como bien lo analizó el a quo, la finalización del nexo contractual, se dio sin justa causa, es acertada la sentencia cuando afirma, que es deber del trabajador demostrar el despido, para que la carga de la prueba se invierta y en consecuencia, corresponda al empleador demostrar la justa causa del finiquito, así tiene establecido la jurisprudencia de vieja data.

En el proceso, está demostrada la terminación del contrato de trabajo, por parte del empleador, esto significa que el trabajadora incumplió (sic) con su carga probatoria, no sucede lo mismo con la demandada, no demostró esa justa causa para dar fin a la relación laboral, en ese aspecto la sentencia es acertada, ningún reproche que presentarle, más se deben agregar otras razones diferentes a la entregas (sic) por la a-quo, para concluir que el despido devino en forma injustificada, argumentos estos que reiteran aún más lo injusto del despido, los que se deben sintetizar así:

Es evidente y por demás notorio que a la trabajadora se le violó el derecho de defensa y debido proceso en las diligencias de descargo. En efecto, no se le envió como lo confesó la representante de la demandada, citación alguna en la cual se le informara la fecha y hora de la diligencia de descargos y lo que es más importante no se le comunicó sobre los motivos o razones de ese llamamiento a entregar descargos.

En las diligencias de descargos, la trabajadora presentó argumentos válidos, frente a lo reclamado por la empleadora, ninguno de ellos fueron analizados y/o valorados, con una rapidez inusitada, por cuanto la segunda diligencia de descargos termina a la hora de las 3:40 p.m y la carta de despido se entrega a la hora de las 4:26 p.m. esto implica que en el término de 1 hora y 26 minutos se tomó la decisión de darle por terminado el contrato de trabajo invocando justa causa.

Igualmente es evidente, que a la trabajadora se le somete a un acoso, al ser citada a dos diligencias de descargos, con 3 días de diferencia entre una diligencia y la segunda.

Al proceso no se allegó por la demandada como era su obligación probatoria, que la trabajadora tenía a su cargo, la función y la labor de revisar la facturación de carrocías, por el contrario, como lo confesó al representante de la demandada, la función del área de operaciones es la encargada de revisar la totalidad de la documentación. Esto significa que no era labor de la demandante realizar esa función de revisar documentos. Tampoco se demostró que a la trabajadora se le hubieren fijado metas de ventas por escrito, esa prueba brilla por su ausencia.

El empleador no demostró que la trabajadora se le hubiera presentado llamado de atención o reclamo alguno, por el número de vehículo vendidos o deficiencia alguna en su rendimiento laboral, todo lo anterior conduce como lo decidió el a-quo a considerar el despido sin justa causa.

El inconformismo de la demandante con esta condena, hace relación al monto de la misma, que lo fue por la suma de \$12'290.786,00 pesos, en la sentencia no se señala que salario se toma como base para liquidar esta condena de donde se obtiene esta

suma de dinero, al parecer y por operaciones aritméticas, la sentencia parte exclusivamente del salario básico devengado por la trabajadora, desconociendo así los demás factores integrantes del salario.

Conforme al tiempo laborado y a lo ordenado por el art 64 del C.S.T. y SS. subrogado por el art 28 de la ley 789 del 2.002, la trabajadora laboró por espacio por espacio de 7 años 10 meses 1 día, motivo por la cual le corresponden 166.66 días de indemnización a razón de \$209.631.66 pesos diarios, que fue el establecido con el real percibido por la trabajadora, esto implica que la condena a imponer asciende a la suma de \$34'937.102.00 pesos y en este aspecto igualmente la sentencia debe ser REVOCADA.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

A más de los juiciosos y razonados argumentos que tuvo el a-quo para imponer esta condena, agregaría que desde antes de la presentación de la demanda, la empleadora patentizó su ausencia de buena fe, que se reiteró en curso del proceso, cuando se ha negado con argumentos inaceptables para no continuar llamándolos baladíes, que por el cambio de razón social o de administración, no poseen los soportes de pago de las sueldos y prestaciones sociales de la trabajadora, continuando con esos actos proceden a fabricar su propia prueba, elaborando un resumen de acuerdo a sus intereses de los pagos y descuentos efectuados a la trabajadora, con la demanda se aportaron algunos comprobantes de sueldos, que eran los que debió allegar la demandada.

Todos los anteriores argumentos justifican plenamente la condena impuesta, más en donde nace la inconformidad frente a esta decisión, es en lo relacionado con el monto de la condena impuesta. En efecto, se desconoce de dónde la sentenciadora concluyó que la moratoria ascendía a la suma de \$65.687 pesos diarios a partir del 10 de mayo del año 2019, esto es que partió del salario básico de \$1'970.613.00 pesos, incurriendo en el error de no tener en cuenta los demás factores salariales reconocidos y pagados a la trabajadora, tanto así que la misma empresa demandada liquidó los derechos de la trabajadora en cuantía de \$5'346.972.

Como se analizó anteriormente, al establecer el salario real devengado por la trabajadora, este ascendió a la suma de \$6'288.949.00 pesos mensuales, lo que implica que el salario diario real devengado por la trabajadora, es la suma de \$209.631.66.

En consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA para imponer esta condena de que trata el art. 65 del CST y SS en cuantía de \$209.631.66 pesos diarios, durante 24 meses y a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, aspecto este último sobre el cual la sentencia guardó sentencia..." (PDF 06 Cdno. 02SegundaInstancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y accionada, respectivamente; teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Así las cosas, con base en lo expuesto al sustentarse los recursos, se advierte que no existió controversia frente a los siguientes supuestos fácticos: las

partes estuvieron atadas por un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 9 de julio de 2011 y el 10 de mayo de 2019, desempeñando la demandante el cargo de *Jefe de Vitrina*; que el vínculo terminó por decisión unilateral de la empleadora alegando una justa causa, como se colige de la respuesta a la demanda (fls. 3 a 18 PDF 12), y se corrobora entre otras documentales con el contrato de trabajo (fls. 43 a 48 PDF 01 y 19 a 24 PDF 12); con la carta de 10 de mayo de 2019, referenciada “...Terminación contrato de trabajo con justa causa...” (fls. 220 a 222 PDF 01 y 25, 26 PDF 12); con la liquidación del contrato (fls. 223 PDF 01 y 27 PDF 12), con las certificaciones laborales expedidas por la accionada el 3 de agosto y 6 de diciembre de 2017; 26 de enero de 2018; 26 de abril y 10 de junio de 2019 (fls. 49 a 53 PDF 01 y 36 a 40 PDF 12); con los comprobantes de pago de los meses de mayo, octubre, noviembre de 2017, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2018, enero, febrero, marzo y abril de 2019, en los cuales se reconoce además del salario, diferentes valores por “Comisiones Comerciales JV”, y “Acciones Comerciales” (fls. 191 a 199 PDF 01), entre otras documentales militantes en el expediente.

También quedó acreditado que durante la vigencia del contrato se le reconocieron conceptos como BONIFICACION POR CENTRO DE COSTOS, BONIFICACION CARROCERIAS, BONIFICACION ACCIONES COMERCIALES, BONIFICACIÓN POR RESULTADOS, BONIFICACION PACTADA NO SALARIAL como dan cuenta los ACUMULADOS ANUALES de los años 2014 a 2019 allegados por la demandada con la contestación al libelo introductorio (fls. 41 a 46 PDF 12) y la CONSULTA DE ACUMULADOS de los años 2011 a 2013 (fls. 47 a 59 PDF 17); por consiguiente, la controversia en esta instancia radica en determinar, si: (i) las bonificaciones reconocidas a la actora, son constitutivas de salario como lo coligió la juzgadora de primer grado, o por el contrario éstas no son factor salarial como lo sostiene la recurrente de la parte pasiva, de resultar afirmativo dicho cuestionamiento; (ii) hay lugar a la reliquidación de las cesantías y de los aportes a seguridad social como lo reitera el vocero judicial de la demandante; (iii) así como a la modificación del quantum de la indemnización por terminación del contrato como lo reclama la parte accionante (iv) operó el fenómeno prescriptivo

como lo aduce la pasiva y si; **(v)** quedó acreditada la buena fe patronal que permita exonerar a la demandada de las sanciones moratoria del artículo 65 del CST que impuso la operadora judicial y a la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que reclama el apoderado apelante.

Bajo ese contexto, debe inicialmente precisarse respecto a la manifestación del apoderado de la actora, en cuanto a “...resalta que, en esta oportunidad, se ha (sic), la parte demandada ha sorprendido con supuestamente existir dos contratos de trabajo, uno con una empresa anterior y otro con la demandada, eso nunca fue planteado en la contestación de la demanda y también se está asaltando y presentando un hecho nuevo para pretender justificar no cumplir con las obligaciones probatorias que estaban a su cargo...”; que dicho vocero judicial distorsiona lo señalado por la parte accionada, aunado a que tal aspecto no tienen la incidencia que quiere imprimirle el recurrente, como quiera que tal como se indicó, no se presentó controversia en cuanto a la existencia de vínculo que unió a las partes –contrato de trabajo a término indefinido- y la duración del mismo - 9 de julio de 2011 y el 10 de mayo de 2019-.

Dilucidado lo anterior, frente al primer punto señalado; esto si los **ingresos no salariales como bonificaciones** que las partes pactaron no **constituían salario**, realmente lo son; para lo cual, debe recordarse que conforme el artículo 127 del CST, “...Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones...”.

A su vez el apartado 128 *Ibíd*em, establece que no constituyen salario “...las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgadas en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituye salario en dinero o en especie, tales como

alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, y de servicios o de navidad...”.

De las normas en mención, por regla general, se colige que todo pago que efectuó el empleador al trabajador de manera habitual, como contraprestación directa del servicio, sin importar la denominación que se adopte, tiene la connotación de salario como lo señala de manera expresa el artículo 127 del CST; a menos que resulte totalmente claro que su reconocimiento o entrega obedece a una finalidad diferente, o que se demuestren las condiciones de ocasionalidad o de mera liberalidad, o en otras palabras, que su causa no es remunerativa de ese servicio prestado. Ahora, sobre la carga de la prueba de dicha situación, la jurisprudencia legal, ha considerado que la misma compete al empleador, quien cuenta con la información suficiente para demostrar que lo pagado al trabajador tiene una causa distinta a retribuir su fuerza de trabajo, y de no hacerlo deberá asumir su responsabilidad en tal sentido. Es así, que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL12220 de 2017, reiterada en la SL5159 de 2018, consideró:

*“(...) no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. **Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa...**” (resalta la Sala).*

La misma Corporación, en sentencia SL8216-2016, señaló:

“(...) Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante...”.

En el presente caso, la apoderada recurrente señala: *“...es importante resaltar que el artículo 128 del CST, nos dice claramente que hay unos pagos que no constituyen salario; como lo vemos en el contrato laboral la cláusula décima tercera indica claramente que algunos componentes no hacen parte salarial. Es importante tener en cuenta lo que dice este artículo que menciona que tampoco las prestaciones sociales de que trata los artículos 8 y 9 ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extraprocesal por el empleador, cuando las partes*

hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario; esto es importante tenerlo en cuenta ya que la señora XIMENA SABIO conocía del contrato al momento de firmarlo, así mismo es importante tener claridad que el único contrato que se adjuntó al proceso es el que se firmó en el año 2016 donde se pactó un salario de \$1.800.000, entonces es importante que el Tribunal estudie y analice cada una de las pruebas aportadas sobre esa improcedencia de reliquidaciones de bonificaciones extralegales acordadas como no salariales...”.

En el contrato de trabajo, firmado el 1° de abril de 2016, con fecha de iniciación de labores “...9 de julio de 2011...”, en el cargo de JEFE DE VITRINA, se pactó como salario mensual la suma de \$1.893.000, previéndose en la cláusula segunda “...**REMUNERACIÓN:** El **Empleador** pagará al **Trabajador** un salario de un millón ochocientos noventa y tres mil pesos (\$1.893.000), pagaderos mensualmente, sin que ello signifique que unilateralmente el **Empleador** pueda pagar por periodos menores. Dentro de este pago se encuentra incluida la remuneración de los descansos dominicales y festivos de que tratan los capítulos I y II del título VII del Código Sustantivo del Trabajo. Adicional a lo anterior, el **Trabajador** tendrá una remuneración variable de naturaleza salarial, cuyo monto será fijado de acuerdo a los parámetros que indique la Gerencia General, los cuales serán comunicados por escrito al **Trabajador** y podrán ser modificados unilateralmente por el **Empleador** en cualquier momento, por medio de comunicación escrita dirigida al **Trabajador**. Se aclara y se conviene que el 82.5% del ingreso variable descrito constituye remuneración ordinaria, y el 17.5 restante está destinado a remunerar el descanso en los días dominicales y festivos de que tratan los capítulos I y II del título VII del Código Sustantivo del Trabajo. **Parágrafo:** El **Trabajador** autoriza al **Empleador** para que la remuneración indicada así como cualquier otro pago salarial o no salarial originado en la existencia y/o terminación del contrato de trabajo sean consignadas o trasladadas a cuenta que desde ya el **Trabajador** autoriza al **Empleador** para que sea abierta a su nombre en una institución Financiera...”; y en la cláusula décimo tercera, se pactó: “...**BENEFICIOS EXTRALEGALES:** El **Empleador** podrá reconocer beneficios, primas, prestaciones de naturaleza extralegal, lo que se hace a título de mera liberalidad y estos subsistirán hasta que el **Empleador** decida su modificación o supresión, atendiendo su capacidad, todos los cuales se otorgaran y reconocen, y el **Trabajador** así lo acuerdan sin que tengan carácter salarial y por lo tanto no tienen efecto prestacional o incidencia en la base de aportes en la seguridad social o parafiscal en especial éste acuerdo se refiere a auxilios en dinero o en especie, primas periódicas o de antigüedad o en general beneficios de esa naturaleza los que podrán ser modificados o suprimidos por el **Empleador** de acuerdo con su determinación unilateral tal como fue otorgado...” (fls. 19 a 24 PDF 12).

Durante la vigencia del contrato, a la actora le fue reconocido de manera constante y regular una *bonificación pactada no salarial*, en cuantía diferentes

durante los años 2011, 2012, 2013 (fls. 47 a 59 PDF 17 Cdo. 01PrimeraInstancia); en el año 2014 adicional a dicha bonificación, también aparece el reconocimiento de conceptos como: “...Bpns Cumplimientos Meta...”, “...Bpns Ocasional...”, “...Bonificaciones Financieras...” en los meses de septiembre a noviembre, y la citada “...bonificación pactada no salarial...” en las restantes mensualidades de ese año; en el año 2015, igualmente se le reconoce “...BONIFICACIÓN POR CENTRO DE COSTOS...”, “...Bonificación Carrocerías...”, “...BONIFICACIÓN POR RESULTADOS...” de junio a diciembre, y la aludida “...bonificación pactada no salarial...” de enero a mayo; en el año 2016 aparece el reconocimiento de “...BONIFICACIÓN POR CENTRO DE COSTOS...”, “...Bonificación Carrocerías...” en los meses de enero a abril; en los años 2017 a 2019 no aparece tal reconocimiento, se registran conceptos correspondiente a “...Comisiones Comerciales...”, “...Comisiones Comerciales JV...” y “...Acciones Comerciales...” (fls. 41 a 46 PDF 12 Cdo. 01PrimeraInstancia), éstos últimos conceptos que igualmente le fueron reconocidos en años anteriores, que conforme lo admitió la demandada constituyen factor salarial, pues retribuían la labor desempeñada por la demandante, como se admite en la contestación a los hechos 5 y 6 de la demanda (fls. 5 ídem).

La representante legal de la sociedad accionada –María Camila Cabrejo Bernal-, en el interrogatorio de parte precisó que las comisiones que se le reconocían a la trabajadora correspondían a las labores ejecutadas por ésta en favor de la demandada, y que dichos valores se incluyeron para liquidar prestaciones sociales “...en la liquidación precisamente podemos validar que las comisiones, se sacó un promedio de las comisiones que voy a dar el valor exacto eso lo podemos ver en la liquidación, para esa liquidación se sacó un promedio de comisiones de \$3.376.359, y su salario para la fecha ya estaba en \$1.970.000, entonces de acuerdo con la liquidación se tuvieron en cuenta todas las comisiones...”; al observar la liquidación que se le puso de presente, agregó “...Lo que quiero manifestar con relación a la liquidación es que las comisiones como lo pueden ver ahí por \$3.376.359 este es un promedio que se saca de las comisiones que tuvo la señor Jimena Sabio durante la relación laboral sí, entonces es evidente que esas comisiones hicieron parte de la liquidación y también podemos ver el salario sí, el salario básico que tenía de \$1.970.000, por eso acá cuando vemos base cesantías base prima, pues vemos la unión de las comisiones con el salario, las comisiones que es el variable con el salario que sería el básico sí, entonces se liquidó conforme esas comisiones variables y ese salario básico que tenía la demandante...”. También señaló que se

reconocía una “...bonificación no salarial...” que se denominó así “...porque en la cláusula décima tercera del contrato, se pactaron bonificaciones extralegales que no serán salariales, esa es la razón...”, al cuestionar la juez de qué dependía o como se causaba dicha bonificación, contestó “...bueno esa bonificación no salarial también era definida por gerencia general entonces ellos de acuerdo pues a lo que veían mensualmente decidían si se pactaba como salarial o no salarial...”, “...exactamente no puedo saber en ese momento cuales eran los criterios de gerencia general para estipular que no fueran salariales...”; señalando que la mencionada bonificación se calculaba teniendo en cuenta el rendimiento de la demandante en el trabajo; y que los pagos denominados “...Centro de Costos...” y “...Carrocería...” retribuían la actividad de la actora “...si lo retribuía y se puede ver en los desprendibles de pago...”.

De los medios de prueba referenciados, analizados uno a uno y en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS); se puede establecer que, en el contrato de trabajo se convino que algunos beneficios extralegales que reconocía el empleador no constituirían salario, sin especificar cuales; precisando la representante legal en el interrogatorio que además de las comisiones y el salario básico, la accionante recibía beneficios como *bonificación no salarial*, *bonificación centro de costo* y *bonificación carrocería* que no constituían salario de conformidad con lo pactado en la cláusula 13 del contrato; por tanto, la accionada tenía la carga de acreditar que efectivamente dichas bonificaciones no constituían salario, como quiera que las mismas no retribuían directamente el servicio prestado por la demandante como *Jefe de Vitrina*; carga de la prueba que no cumplió (Art. 167 del CGP y 1757 del CC), dado que no presentó ninguna explicación del objetivo de ese pago, no se justifican las condiciones de su entrega, cuál fue su finalidad o que objeto cumplía respecto a las funciones asignadas a la trabajadora; por lo que se debe aplicar la regla general y tener que lo recibido por *bonificaciones no salarial*, *centro de costo* y *carrocería* son retributivas del servicio; como quiera que se otorgaron en virtud o con ocasión del contrato de trabajo que existía entre las partes; ya que como lo ha dicho la jurisprudencia “...no basta tomar un porcentaje de la totalidad de los ingresos y asignarle el nombre de beneficio, auxilio, ayuda, aporte, etc. para diluir su incidencia salarial. Su destinación debe ser real...” (Sent. CSJ. SL5159-2018).

Téngase en cuenta que no se probó la finalidad de otorgar tales beneficios, pues la representante legal no pudo explicar su causación, simplemente hizo alusión al pacto extralegal en la cláusula contractual décima tercera, indicó que los mismos eran definidos por la gerencia sin precisar bajo qué criterios se otorgaban ni de qué dependía que los valores reconocidos constituyeran o no factor salarial, ya que al requerirla la juzgadora de instancia para que precisara su respuesta indicó “...dependía de las circunstancias o de los valores que gerencia general estipulada para la fecha...”, “...no se con exactitud los criterios de gerencia general para determinar si son factor salarial o no...”, señalando “...esos criterios pues como lo digo y lo repito dependía de gerencia general que era y que no era factor salarial, otra cosa importante que debemos tener en cuenta es que AUTOCM si vemos los desprendibles de pago todos los factores son salariales, los factores son salariales...”, evidenciándose que los mencionados beneficios no tenían una destinación real y específica, menos aún se puede considerar que eran otorgados para desempeñar a cabalidad sus funciones ya que ello no se advierten en el presente asunto; por consiguiente no se logra desvirtuar su carácter salarial, téngase en cuenta que la misma representante legal aseveró que esos conceptos eran factores salariales.

Debemos recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha establecido unos criterios para definir si un pago puede ser constitutivo o no de salario en los términos del artículo 127 de la norma sustantiva laboral, como son la habitualidad o proporcionalidad, y también ha sostenido, de modo insistente, que la posibilidad de acudir al artículo 128 de la misma codificación, para restarle incidencia salarial a determinados pagos que se realicen durante la relación laboral, independientemente de que sea habitual u ocasional, no puede ser considerada como una autorización abierta para que en la relación obrero patronal se le reste incidencia salarial a los pagos que, por su esencia, sí lo sean, toda vez que, por ningún lado, la legislación autoriza a las partes que dispongan ese efecto jurídico sustancial, cuando su causa es remunerativa del servicio prestado por la parte demandante (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL12220 de 2017). Sobre esta temática, en sentencia SL1798-2018 del 16 de mayo de 2018, radicación No. 63988, la Corte Suprema de Justicia, señaló:

*“(…)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...”.

Pero es que también dicha Corporación, ha sostenido que para atender un pacto o acuerdo de desalarización, es menester determinar si estaba demostrada su finalidad o destinación, imponiéndole la carga de su acreditación al empleador. Sobre este punto, el máximo organismo de cierre de la justicia ordinaria, en sentencia SL4303 de 2021, radicación No. 82205, de 13 de septiembre de 2021, sostuvo:

“(…) No obstante, advierte la Corte que sí se equivocó la segunda instancia al considerar que la denominación del beneficio «[lograba] evidenciar que [...] no retribuía el servicio», pues para ello era menester determinar, si estaba demostrada su finalidad o destinación, carga que, como se precisó en precedencia, correspondía al empleador, en razón a la acreditación de la «periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado».

En relación con ello, el Tribunal señaló que estaba probado que el otorgamiento de ese subsidio estuvo motivado por «la condición particular de la demandando, en la medida en que ella tuvo que desplazarse desde su país de origen, Estados Unidos», para ejecutar su actividad laboral en Colombia.

Sin embargo, aunque en principio dicha inferencia se advierte razonable, atendida las condiciones contractuales que quedaron plasmadas en la documental de folio 20, ib, pues entre las partes nunca se discutió que la recurrente residía en su país de origen al momento de recibir la oferta laboral y debió trasladarse a Colombia en aras de ejecutar el contrato referido, esa sola circunstancia no define el presente asunto, teniendo en cuenta que el cargo se soporta sobre la trascendencia de la confesión del representante legal suplente de la institución demandada, en punto de la destinación o finalidad de ese beneficio, la cual fue pretermitida por el Juez de la alzada.

En efecto, como lo increpa la censura, al escucharse la declaración de parte de aquél funcionario, se advierte que al cuestionársele sobre si «¿todos los contratos que suscribe la Fundación Rochester con sus trabajadores contienen el subsidio de habitación?», contestó que «[...] después de que yo asumí la asesoría jurídica sí, todos los docentes tienen este beneficio del auxilio de habitación» y, al indagársele con mayor precisión acerca de si «¿los trabajadores o docentes, tiene que contar con algún tipo de característica, calidad o cualidad para ser beneficiarios del auxilio de habitación?», respondió que «No», precisando que este era una propuesta que hacía el empleador y que de común acuerdo se otorgaba, sin que fuera impuesta (audio n.º 2017_8_10_16_16_13, remitido a la Sala mediante correo electrónico).

De donde, como lo afirma la censura, existió confesión del representante legal suplente de la demandada, en torno a que el auxilio económico de habitación no estaba circunscrito a una necesidad de vivienda por parte de los docentes de la institución, pues a todos, independientemente de sus características, origen, calidad o cualidad, esto es, si era nacionales o extranjeros o si requerían o no de su desplazamiento, se les proponía y otorgaba.

De ahí que la impugnante acreditó el 2º y 5º error de hecho, puesto que, contrario a lo deducido por la segunda instancia, al tenor de la probanza examinada, el auxilio de habitación no fue otorgado a la trabajadora por su condición de extranjera, sino de docente.

Lo anterior permite analizar el testimonio de Rocía Diana Maritza Alba Quintero (audio nº 2017_8_15_6_7, ib), denunciado de ser erróneamente apreciado, quien, en lo que respecta al objeto de la casación, indicó: que en el colegio se pagaba un salario y un auxilio de habitación; que el último no constituía valor prestacional; que la oferta laboral de la trabajadora Nesteby se hizo en esos términos.

Además, al preguntársele sobre «¿cuáles son las características que debe tener un trabajador para que se le incluya la cláusula de auxilio de habitación?», respondió: «todos los docentes, todos los trabajadores se les paga. Tenemos ese sistema de pago. No es que a una persona se le pague y a otra no. A todos los docentes se les paga un salario y un valor adicional como auxilio de habitación, es una política institucional y es una política que utilizan las instituciones educativas».

Agregando más adelante que

*[...] no se exige ningún tipo de calidad o cualidad para que se incluya el auxilio, de habitación [...] se paga a docentes. A los docentes se les paga un salario y aparte un auxilio de habitación porque van a estar en la ciudad de Bogotá, van a necesitar una vivienda y se acuerda que el colegio les paga ese valor como auxilio e habitación [...] **no importa que sea nacional.***

Dicho que corrobora que, contrario a lo señalado por el Tribunal, el auxilio de habitación que de manera periódica, habitual, permanente y en valor constante recibió la trabajadora, no tenía como destino final el pago de su residencia en Colombia, puesto que a ella y todos los demás docentes de la institución, independientemente de sus condiciones, orígenes, características y cualidades, esto es, se itera, si residían o no en el lugar de prestación de servicios antes de la suscripción del contrato de trabajo, si eran nacionales o extranjeros, etc., se les entregaba en la suma pactada, como «política institucional» o «sistema de pago», por lo que, en el marco del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no puede entenderse excluido de la regla general de «salario», por retribuir el servicio docente dentro de la institución educativa demandada, contexto en el cual, no podía ser objeto de desalarización, amparado en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. Por tanto, el Juez de la apelación incurrió en los errores de hecho 2º, 3º y 5º que se le increpan...»

Bajo ese panorama, se reitera, la parte accionada no desplegó ninguna actividad probatoria para demostrar que la finalidad o causa del reconocimiento de la *bonificación no salarial, bonificación centro de costo y bonificación carrocería* a la trabajadora demandante, no era remunerativa; sino a manera de ejemplo para enriquecer su patrimonio, o para su beneficio, o favorecer su bienestar, etc.; por tanto, se tendrá, como líneas atrás se indicó, que dichos pagos eran retributivos de la prestación del servicio y por ende, factor salarial durante los períodos en que se le reconocieron a la accionante.

Ello, ya que si bien la juez a quo consideró que la *bonificación carrocería* no constituía factor salarial por cuanto “...obran dentro del expediente facturas distintas a la demandada, de Carrocerías TFC que corresponde básicamente a una persona jurídica diferente, por tal motivo dicha actividad como tal, aunque aparece remunerada por la acá demandada no puede tenerse como un servicio propiamente prestado a la demandada, que pueda incluirse como salario, en razón a esta circunstancia ese concepto se desecha como si fuere salario...”; debe tenerse en cuenta que la misma representante legal refirió que era un concepto que reconocía la demandada por la labor de la trabajadora y así se evidencia en los documentos denominados *ACUMULADOS ANUALES* donde se registra su pago. Por consiguiente, al reconocer la sociedad accionada dicho concepto y entrar al patrimonio de la actora en atención a la prestación de sus servicios, debe considerarse, contrario a lo sostenido en primera instancia, como retributivo de la actividad o labor desplegada por la demandante.

Ahora, la juez a quo elevó condena por diferencia en el pago de las cesantías de los años 2011 a 2015, al considerar: “...Como se indicó, la aquí trabajadora para el año 2011 le consignaron al fondo de cesantías \$499.453, de acuerdo con el folio que obra dentro del expediente, pero de acuerdo con lo confesado por la representante legal, básicamente es fácil hacer un promedio para darse cuenta que en ese período existe una diferencia pendiente por reconocer en la medida que debió consignarse unas cesantías de \$1.068.991 para ese momento. Lo mismo ocurre para el año 2012 cuando le consignaron cesantías en el fondo por \$1.432.105, debiéndole haber consignado de acuerdo con el promedio por ella devengado y de acuerdo con lo probado dentro del proceso \$1.879.042 lo que surge entonces una diferencia pendiente por reconocer de \$ 446.937; para el año 2013 se evidencia también que le consignaron \$1.933.434 pero en este momento de acuerdo con lo confesado por la representante legal es fácil concluir que \$3.778.889 de donde el despacho halla una diferencia por reconocer de cesantías de \$1.845.555 para el año 2013,

esto de acuerdo con la documental. Para el 2014 la aquí demandante, hace el mismo ejercicio el despacho y encuentra una diferencia de cesantías que le debieron haber consignado por valor de \$3.433.555, para el año 2014, que no están reflejadas así de esa forma en el fondo, es decir no se consignaron de manera completa o hubo una consignación deficitaria en el fondo de cesantías de la trabajadora. En el año 2015 el despacho también encuentra una diferencia pendiente por reconocer en materia de cesantías, en la medida que la base debió ser -\$4.337.601 y lo que se consignó no corresponde con ese valor, razón por la cual existe una diferencia pendiente por reconocer de cesantías de \$1.499.822. Ya para los años 2016 y siguientes no se encuentran ese tipo de diferencias, esas diferencias solamente se presentan en el año 2011 al año 2015, ya posterior el despacho no encuentra ningún tipo de diferencia pendiente por reconocer...”.

En ese orden, se observa que la juzgadora de primer grado emitió condena por no incluirse en la liquidación de cesantías causadas durante los lapsos referidos, lo correspondiente a los conceptos de “...bonificación no salarial...”, “...bonificación por centro de costos...”, “...bonificación por resultados...”; no obstante, no incluyó lo correspondiente a la “...Bonificación Carrocerías...”, porque consideró que no constituía factor salarial, pero como ya se indicó, también lo es. Por consiguiente, se modificará la sentencia de primer grado, respecto de las anualidades en las cuales figura tal reconocimiento, a saber: en el año **2015**, el promedio de la aludida bonificación es de \$204.166. 66 (\$2.450.000 ./ 12), así que, la diferencia en esa anualidad por cesantías es de \$1.703.988,66 y no la que determinó la juez (\$1.499.822); y para el año **2016**, también se reconoce la “...Bonificación Carrocerías...”, por tanto, teniendo en cuenta dicho concepto así como todo lo percibido por la demandante durante esa anualidad, arroja un total de \$59.324.405 (fl. 43 PDF 12 Cdrno. 01 PrimeraInstancia); correspondiendo a un valor mensual de \$4.943.700,41, suma a la que asciende las cesantías de ese año, y como la demandada consignó el valor de \$4.080.699, conforme la certificación expedida por el FONDO DE CESANTÍAS PORVENIR (fl. 46 PDF 17 Cdrno. 01 PrimeraInstancia), surge una diferencia de \$863.001.41, valor al que se condenará a la demandada. En las restantes anualidades por las que elevó condena la operadora judicial de primera instancia, esto es de 2011 a 2014, no se le reconoció dicho emolumento -Bonificación Carrocerías- a la demandante.

También se duele el apoderado de la actora que la juez no hubiere dispuesto la reliquidación de las cesantías de los años 2016, 2017, 2018 y 2019,

por cuanto en su sentir no se tuvo en cuenta la *bonificación no salarial* reconocida a la trabajadora aquí demandante; sin embargo, debe precisarse que respecto al año **2016** como se indicó en el párrafo anterior, se dispuso la reliquidación de las cesantías de dicho año, dado que no se había tenido en cuenta la “...*Bonificación Carrocerías...*”; que como se indicó, la juez consideró que dicho concepto no era constitutivo de salario, y por ende se dispuso en esta decisión el reconocimiento de la diferencia encontrada, teniendo en cuenta los valores reportados a folio 43 del PDF 12.

En lo atinente a las demás anualidades mencionadas por el recurrente - **2017, 2018 y 2019**-, como ya se había precisado, en éstas no se le reconoció a la demandante la aludida *bonificación no salarial*, como tampoco algún otro emolumento que constituyera salario y que no hubiere sido tenido en cuenta como tal por la empleadora, como “...*bonificación por centro de costos...*”, “...*Bonificación Carrocerías...*”, conforme se evidencia en los ACUMULADOS ANUALES que se allegaron con la contestación de la demanda (fls. 43 a 46 PDF 12, Cdrno. 01 Primera Instancia), por lo que no hay lugar a reliquidación alguna; y es que revisado el documento ACUMULADOS ANUALES, en el año **2017** la accionante recibió la suma de \$58.020.282, que arroja un salario promedio mensual de \$4.835.023,50 y por tanto ese valor por cesantías, advirtiéndose que la demandada consignó en el fondo de cesantías la suma de \$4.929.674.00 según certificado de folio 46 del PDF 17, coligiéndose como lo hizo la juzgadora de instancia que la demandada pagó lo que correspondía, incluso un monto superior como se advierte, por tanto no surge diferencia alguna a favor de la parte actora.

En lo que atañe al año **2018**, no aparece acreditado el monto reconocido por cesantías a la trabajadora, para entrar a verificar si hay lugar al reajuste solicitado; toda vez que el objeto del proceso es determinar que las mencionadas *bonificaciones*, entre ellas *la no salarial* conformaban la base para la liquidación de prestaciones sociales; y al no reconocerse dichos emolumentos entre otros, en el año mencionado, se reitera, no surge procedente la reliquidación impetrada por dicho concepto, tal como lo coligió la juzgadora de instancia; y por sustracción de

materia tampoco surge procedente considerar la imposición de la sanción por la no consignación de las cesantías de esa anualidad, como lo reclama el vocero judicial de la accionante.

Y es que no es lo mismo, lo ahora pretendido por el apoderado de la demandante al referir en sus alegaciones en segunda instancia “...La sentencia equivocadamente omitió al valorar la prueba documental allegada por la demandada proveniente del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR, **que no fueron consignadas las cesantías causadas por el año 2018, las que se debían consignar a más tardar el día 15 de Febrero del año 2019 las causadas durante el año 2018**, basta para ello observar la documental elaborada por la demandada sobre pago efectuados en el año 2.019 a la trabajadora, allí no se relaciona pago de cesantía alguna, diferente a la reconocida en mayo cuando finalizó el contrato de trabajo...”, solicitando emitir condena por dicho concepto al igual que por la sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990; dado que se considera que no hay lugar a ello, pues en los términos pedidos se constituye en una pretensión nueva, que no fue solicitada en la demanda, como quiera que la acción se fundamenta en que no se incluyeron en la base salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, llámese cesantías, conceptos que tienen esa connotación y con los que se retribuía a la trabajadora; por tanto, de atenderse dicha solicitud en los términos ahora requeridos, iría en contravía del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción de la parte accionada; toda vez que en orden a resultar insistentes, lo pretendido en la demanda es la reliquidación de prestaciones por los motivos señalados y no su reconocimiento por el impago total de dicha acreencia, como se está solicitando en las alegaciones ante la Corporación.

Debe precisarse igualmente, que entre los años 2011 a 2014 la remuneración de la trabajadora estaba conformada por salario variable de comisiones más la bonificación pactada como no salarial (fls. 47 a 59 PDF 17 Cdrno. 01 Primer Instancia); pues un valor como *salario básico* comenzó a reconocérsele a partir del año 2015, como se advierte de los documentos referidos ACUMULADOS ANUALES (fls. 42 a 46 PDF 12, ídem); ya que como lo expuso la representante legal, el salario de la actora para los años mencionados “...para ese momento su único salario era las comisiones y las bonificaciones no pactadas como salario...”; por tanto, el dicho de la

parte actora que recibía un salario básico y que para el año 2011 “...comencé con un salario de \$1.817.000 si no estoy mal...”, no se ajusta a la realidad probatoria acreditada; pues se repite, no es lo evidenciado de los medios de convicción allegados al expediente; dado que como lo consideró la juzgadora de primer grado, las partes pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, siempre que se respete el salario mínimo legal, conforme las previsiones del artículo 132 del CST, que fue lo sucedido en el presente caso, pues lo percibido por la trabajadora para las anualidades mencionadas siempre fue superior al salario mínimo legal mensual vigente.

Respecto al año **2019**, como quiera que igualmente repara el apoderado recurrente, que no se hubiere tomado el promedio realmente devengado en el último año para efectos de determinar el **salario mensual** con el cual se debía practicar la liquidación final, incluidas las cesantías, dado que en sus cuentas éste asciende a la suma de \$6.288.949. Al respecto, prevé el artículo 253 del CST, modificado por el Decreto 2351 de 1965, artículo 17: “...1º) Para liquidar el auxilio de cesantías se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año...”.

Frente a la base salarial para la liquidación de cesantías y demás prestaciones a la finalización del contrato de trabajo, al tener la accionante un remuneración variable, el salario para efectos de liquidar las acreencias laborales causadas a esa fecha, surge del promedio de lo percibido durante el último año de prestación del servicio conforme la normatividad citada, sin que deba entenderse que lo es en la forma señalada por el apelante, por los últimos doce meses -de mayo de 2018 a abril de 2019-, dado que esa referencia al *último año* se realiza para aludir al año final de prestación de servicios de la trabajadora, que en el presente caso es entre el 1º de enero y el 10 de mayo de 2019, habida consideración que no se pueden tomar los salarios del año 2018 como quiera que ellos sirvieron de base para liquidar las prestaciones causadas en esa anualidad, toda vez que de conformidad con el nuevo régimen de cesantías traído por la Ley

50 de 1990, la liquidación de éstas se dará de forma definitiva el 31 de diciembre de cada año o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo (numeral 1°, art.99 Ley 50 de 1990-).

Bajo ese contexto, teniendo en cuenta lo devengado por la demandante en el año **2019** (enero 2019 \$4.471.038, febrero \$6.650.613, marzo \$1.970.613, abril \$ 6.040.007 y, mayo \$4.037.939), arroja un salario promedio de \$5.346.972, que comprende el básico -\$1.970.613,00- más el promedio del salario variable - \$3.376.358.53 -, siendo el valor con el cual el empleador liquidó las prestaciones sociales –cesantías, intereses y prima de servicios- como se advierte de la liquidación allegada al expediente (fls. 223 PDF 01 y 27 PDF 12); encontrándose ajustada a derecho la misma; circunstancia que torna infundada la reclamación de la parte actora.

En cuanto a la **reliquidación de vacaciones**, tampoco hay lugar a la misma como quiera que conforme a la liquidación practicada por la empleadora, el salario base tomado para tal efecto, es el que legalmente correspondía - \$5.886.342, y se le están reconociendo 47.88 días (fl. 27 PDF 12ContestaciónDemanda Cdrno. 01PrimerInstancia), cuando conforme el documento ACUMULADOS ANUALES, a la actora le reconocieron vacaciones en diciembre de 2015 (\$945.926.00), diciembre de 2016 (\$2.423.179,00), octubre de 2017 (\$1.320.803.00); octubre de 2018 (\$2.545.159,00); y en la liquidación final (\$9.394.602.00).

En lo que respecta a los **aportes a seguridad social en pensiones**, solicita el vocero judicial de la demandante que *“...se deben reajustar todos y cada uno de los aportes a seguridad social, la sentencia se equivoca cuando señala que se hicieron pagos acordes a lo devengado, esto no se ajusta a la realidad del proceso y a lo demostrado dentro del mismo...”*. Frente a este punto, en los considerandos de la sentencia, la juzgadora de primer grado, manifestó que no había lugar a emitir condena por aportes de todos los ciclos causados durante la vigencia del contrato, sino por el año 2014 que encontró no se había efectuado con la base salarial que realmente correspondía, para lo cual razonó: *“...En relación con el pago de los aportes al sistema*

general de seguridad social., se accede de manera parcial, pues revisada la documental solamente se encuentra una deficiencia en aportes en la base salarial de los aportes, en la medida que para enero debieron habersele pagado a la aquí demandante algunas, en enero sobre la base dejada de cancelar, del año 2014, en la medida que efectivamente no fueron reconocida la totalidad de los aportes y se evidencia una deficiencia en ese pago de aportes al sistema de seguridad social de la aquí demandante para ese período del año 2014 (permítanme valido acá un momento). Para el año 2014 se tendría entonces que se dejó de pagar sobre una base adicional para enero de \$1.000 millón, para febrero de \$1.450 mil, para marzo de \$500 mil, para abril de \$1.700, para mayo \$1.050, para junio de \$3.100, para julio \$2.600, para agosto \$2.150, para septiembre \$10.950, esto corresponde básicamente al concepto de bonificación pactada no salarial sobre la cual evidentemente el despacho encuentra que no hay pago de aportes en ese periodo; es decir, que adicional a la base con la que se cotizó, debe cotizarse al fondo en el que se encuentra afiliada la aquí demandante sobre esa base salarial, y en ese sentido también se proferirá condena...”; sin que elevara condena alguna al respecto en la parte resolutive.

Así, revisado de manera minuciosa el ingreso base de cotización de cada uno de los aportes que refleja la HISTORIA LABORAL CONSOLIDADA de PORVENIR y no COLPENSIONES como lo indica el apoderado de la accionante, se advierte que efectivamente le asiste parcialmente razón a éste por cuanto en algunos ciclos o períodos no se cotizó con lo que realmente devengó la accionante (fls. 180 a 190 PDF 01Demanda –Cdrno. 01PrimerInstancia), con se evidencia en los siguientes ciclos: **año 2011:** agosto y octubre; **año 2012:** febrero, mayo, junio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre; **año 2013:** febrero, marzo, mayo a septiembre, noviembre y diciembre; todos los meses de los **años 2014 y 2015,** y del **año 2016:** enero a abril, conforme al siguiente cuadro:

PERIODOS DE COTIZACIÓN	SALARIO REAL	INGRESO BASE DE COTIZACIÓN	DIFERENCIA EN EL IBC
AÑO 2011			
Agosto	\$ 535.600,00	No hubo cotización	\$ 535.600,00
Octubre	\$1.700.000,00	\$ 900.000,00	\$ 700.000,00
AÑO 2012			
Febrero	\$1.275.000,00	\$1.025.000,00	\$ 250.000,00
Mayo	\$1.730.510,00	\$1.500.000,00	\$ 230.510,00
Junio	\$1.400.000,00	\$1.500.000,00	\$ 900.000,00
Agosto	\$1.300.000,00	\$1.500.000,00	\$ 800.000,00
Septiembre	\$4.200.000,00	\$3.200.000,00	\$1.000.000,00
Noviembre	\$1.516.700,00	\$ 700.000,00	\$ 816.700,00
Diciembre	\$3.400.000,00	\$2.044.000,00	\$1.356.000,00
AÑO 2013			
Febrero	\$3.150.000,00	\$2.950.000,00	\$ 200.000,00
Marzo	\$2.522.876,00	\$1.514.000,00	\$1.008.876,00
Mayo	\$3.300.000,00	\$1.980.000,00	\$1.320.000,00
Junio	\$5.000.000,00	\$3.462.000,00	\$1.538.000,00

Julio	\$6.900.000,00	\$3.400.000,00	\$3.500.000,00
Agosto	\$4.800.000,00	\$1.440.000,00	\$3.360.000,00
Septiembre	\$7.550.000,00	\$4.530.000,00	\$3.020.000,00
Noviembre	\$2.100.000,00	\$1.300.000,00	\$ 800.000,00
Diciembre	\$3.650.000,00	\$2.190.000,00	\$1.460.000,00
AÑO 2014			
Enero	\$2.600.000,00	\$1.600.000,00	\$1.000.000,00
Febrero	\$4.000.001,00	\$2.550.000,00	\$1.450.001,00
Marzo	\$1.650.000,00	\$1.150.000,00	\$ 500.000,00
Abril	\$3.500.001,00	\$1.800.000,00	\$1.700.001,00
Mayo	\$4.650.000,00	\$3.600.000,00	\$1.050.000,00
Junio	\$4.100.000,00	\$1.000.000,00	\$3.100.000,00
Julio	\$6.100.000,00	\$3.500.000,00	\$2.600.000,00
Agosto	\$3.550.000,00	\$1.400.000,00	\$2.150.000,00
Septiembre	\$3.066.000,00	\$1.811.000,00	\$1.255.000,00
Octubre	\$5.750.001,00	\$3.450.000,00	\$2.300.001,00
Noviembre	\$1.187.880,00	\$ 616.000,00	\$ 571.880,00
Diciembre	\$ 11.052.667,00	\$6.725.000,00	\$4.327.667,00
AÑO 2015			
Enero	\$2.600.001,00	\$2.050.000,00	\$ 550.001,00
Febrero	\$4.000.001,00	\$3.367.000,00	\$ 663.001,00
Marzo	\$17.292.312,00	\$10.375.000,00	\$6.917.312,00
Abril	\$1.699.006,00	\$1.019.000,00	\$ 680.006,00
Mayo	\$1.608.785,00	\$ 657.000,00	\$ 951.785,00
Junio	\$13.791.650,00	\$8.275.000,00	\$5.516.650,00
Julio	\$2.043.000,00	\$1.893.000,00	\$ 150.000,00
Agosto	\$5.237.000,00	\$3.142.000,00	\$2.095.000,00
Septiembre	\$2.435.857,00	\$1.893.000,00	\$ 542.857,00
Octubre	\$3.455.338,00	\$2.073.000,00	\$1.382.338,00
Noviembre	\$2.343.000,00	\$1.893.000,00	\$ 450.000,00
Diciembre	\$6.514.000,00	\$4.288.000,00	\$2.226.000,00
AÑO 2016			
Enero	\$6.583.000,00	\$3.950.000,00	\$2.633.000,00
Febrero	\$3.003.000,00	\$1.893.000,00	\$1.110.000,00
Marzo	\$4.703.714,00	\$2.822.000,00	\$1.881.714,00
Abril	\$4.144.103,00	\$2.486.000,00	\$1.558.103,00
Mayo	\$4.643.833,00	\$4.644.000,00	-0-
Junio	\$4.848.640,00	\$4.849.000,00	-0-
Julio	\$6.003.579,00	\$6.004.000,00	-0-
Agosto	\$4.584.294,00	\$4.585.000,00	-0-
Septiembre	\$4.764.572,00	\$4.765.000,00	-0-
Octubre	\$4.404.529,00	\$4.405.000,00	-0-
Noviembre	\$4.875.706,00	\$4.876.000,00	-0-
Diciembre	\$6.765.435,00	\$8.066.000,00	-0-
AÑO 2017			
Enero	\$3.780.578,00	\$5.406.000,00	-0-
Febrero	\$1.893.000,00	\$1.893.000,00	-0-
Marzo	\$4.440.081,00	\$4.440.081,00	-0-
Abril	\$5.254.150,00	\$5.254.150,00	-0-
Mayo	\$5.723.556,00	\$5.723.556,00	-0-
Junio	\$5.752.924,00	\$5.752.924,00	-0-
Julio	\$6.383.817,00	\$6.383.817,00	-0-
Agosto	\$3.941.374,00	\$3.941.374,00	-0-
Septiembre	\$5.597.847,00	\$5.597.847,00	-0-
Octubre	\$5.027.687,00	\$6.520.446,00	-0-
Noviembre	\$5.743.935,00	\$5.743.935,00	-0-
Diciembre	\$4.476.333,00	\$4.481.333,00	-0-
AÑO 2018			
Enero	\$6.446.893,00	\$6.446.893,00	-0-
Febrero	\$9.631.794,00	\$9.631.794,00	-0-
Marzo	\$9.501.113,00	\$9.501.113,00	-0-
Abril	\$5.729.758,00	\$5.729.758,00	-0-
Mayo	\$4.471.206,00	\$4.471.206,00	-0-
Junio	\$4.847.519,00	\$4.847.519,00	-0-
Julio	\$5.734.338,00	\$5.734.338,00	-0-
Agosto	\$8.216.946,00	\$8.216.946,00	-0-
Septiembre	\$6.104.780,00	\$6.104.780,00	-0-
Octubre	\$7.887.058,00	\$7.887.058,00	-0-
Noviembre	\$6.526.746,00	\$6.526.746,00	-0-

Diciembre	\$7.609.613,00	\$7.609.613,00	-0-
AÑO 2019			
Enero	\$4.471.038,00	\$4.471.038,00	-0-
Febrero	\$6.650.613,00	\$6.650.613,00	-0-
Marzo	\$1.970.613,00	\$1.970.613,00	-0-
Abril	\$6.040.007,00	\$6.040.007,00	-0-
Mayo	\$4.037.939,00	\$4.037.939,00	-0-

En ese orden de cosas, como efectivamente resultaron diferencias en cuanto al ingreso base de cotización, se condenará a la parte demandada, por la diferencia en los aportes de los meses referenciados líneas atrás, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993; como quiera que, si bien la juez como se indicó, analizó dicho tema y consideró que había lugar a modificar al menos lo correspondiente al año 2014, no lo registró así en la parte resolutive de la sentencia.

Ahora, frente al reparo de la apoderada de la parte demandada en lo atinente a **la prescripción** “...de acuerdo al artículo 151 del CPTSS, respecto de todas las acreencias en las cuales haya transcurrido el tiempo, se debe causar la debida prescripción de las prestaciones y demás emolumentos aquí planteados en la demanda...”; entendiéndose que su inconformidad radica en que se ordenó la reliquidación de las cesantías de los años 2011 a 2015 y que con esta decisión se incluyen las del año 2016, cuando el contrato feneció el 10 de mayo de 2019 y la demanda se impetró el 5 de mayo de 2021 cómo se advierte en el PDF 04 Cuaderno 01PrimeraInstancia; surge precisar que contrario a lo considerado por la apelante, no es viable la aplicación de dicha figura jurídica, conforme lo adocinado por la jurisprudencia legal, dado que, como la prestación se hace exigible a la terminación del contrato, durante la vigencia del nexo contractual no opera la prescripción respecto de las cesantías; así lo expuso la máxima Corporación de cierre de la justicia ordinaria, en sentencia SL3462-2020, Radicación No. 82209 de 16 de septiembre de 2020, al considerar:

“(...) El Tribunal declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, frente a la reliquidación de la cesantía anual, intereses a la cesantía y prima de servicios, por ende, solo condenó al pago por los tres últimos años laborados, 2011, 2012 y 2013 (f.º 32 cuaderno del Tribunal).

A (sic) de entrada se advierte el yerro que se achaca al juzgador, pues tal como lo ha enseñado esta Corte, entre otras en sentencia CSJ SL2169-2019 en la que rememoró la CSJ SL5291-2018, «en lo que tiene que ver con las cesantías, es preciso indicar que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, durante la vigencia del

contrato no opera tal fenómeno extintivo de esa obligación, toda vez que dicha prestación se hace exigible a la terminación del vínculo laboral».

*En las condiciones del informativo, como quedó dicho al inicio del cargo, el contrato de trabajo que unió a las partes terminó el 12 de marzo de 2013 y, la demanda se presentó el 17 de julio de 2014 (f.º 1 cuaderno del juzgado), consecuentemente, se interrumpió de manera eficaz el término de la prescripción extintiva **y procede la reliquidación del auxilio de cesantía, causado anualmente durante la vigencia del vínculo laboral...***” (Resaltado fuera de texto).

Recuérdese que solo se dispuso la reliquidación de las cesantías y de los aportes a seguridad social en pensión, dado que éstos siguen la misma suerte del derecho que conforman –el de la pensión- que es imprescriptible e irrenunciable, siendo dichas cotizaciones las que forman el capital para su reconocimiento; pues respecto de las restantes prestaciones causadas en esas anualidades la juzgadora de primer grado consideró que había operado dicho fenómeno jurídico, decisión que se ajusta a derecho.

De otra parte, aunque reprocha la parte demandada, que se hubiere elevado condena por **indemnización por despido**, pues en su apelación hace referencia a “...Los puntos sobre los cuales presentare apelación, es el segundo: condena a indemnización...”; observándose que en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia se condenó efectivamente a la indemnización por despido; no obstante, la apelante no expone alguna razón o motivo específicos de reparo o reproche frente a esta decisión, circunstancia que impide a la Sala hacer una confrontación con los argumentos esgrimidos por la juez a quo para acceder a dicha pretensión y, así verificar si la decisión se ajustó a derecho.

Sin embargo, como también el apoderado de la parte actora repara el quantum de ésta indemnización, considerando que el salario tomado para el juez a quo para tal efecto, no es el que legalmente corresponde, dado que en su sentir se debió tomar “...el salario mensual promedio devengado por la trabajadora durante el último año, ascendió a la suma de \$6.288.949, lo cual implica que el salario diario de la trabajadora ascendía a la suma de \$209.631, sobre esa suma de dinero se debe liquidar la sanción por terminación del contrato de trabajo sin justa causa...”; se procede a verificar lo pertinente.

Al respecto, no se considera acertada la disertación del apelante, pues conforme la jurisprudencia legal, para calcular la indemnización por despido cuando el salario es variable, no se toma el salario de los 12 meses que anteceden a la terminación como lo pretende el recurrente, sino el promedio de la proporción del último año laborado, tal como lo hace dicha Corporación, y lo señaló en la sentencia SL4743-2018, radicación No. 61705 de 9 de octubre de 2018, donde sobre el particular, precisó:

“(...El recurrente asegura que el Tribunal erró en la interpretación del art. 64 CST, pues para calcular la indemnización por despido sin justa causa, su adecuada intelección, exigía conocer el salario promedio que devengó el trabajador en los 12 meses anteriores a la terminación del contrato laboral, por lo que era improcedente cuantificarla, con el promedio de lo devengado en la fracción del año en que ocurrió el finiquito contractual.

Al respecto, advierte la Sala que en ningún error jurídico incurrió el Tribunal, pues confirmó la indemnización por despido sin justa causa que liquidó el Juez de primer grado, con fundamento en el salario promedio que tuvo el empleador para liquidar las prestaciones sociales del trabajador, es decir, el que correspondía a la proporción del último año laborado por el demandante, en igual forma, que lo ha realizado la Corporación, cuando, como en el caso, el trabajador devenga un salario variable.

En efecto, la Corte, para liquidar la indemnización por despido injusto, en sentencia CSJ SL, 31 may. 2011, rad 38226, halló el salario variable de cada uno de los meses del año en el que se terminó el contrato de trabajo, esto es, para ese caso, de enero a junio de 2002; luego, obtuvo el valor del día promedio durante los 209 días laborados en esa anualidad y el producto lo multiplicó por los días que correspondían a la indemnización, de la siguiente forma:

Para el año 2002, la relación se extendió desde el 8 de enero hasta el 7 de agosto terminó anticipadamente el contrato; en tal sentido para fijar el salario variable, nuevamente se tendrán en cuenta las comisiones; de conformidad con lo previsto en la cláusula tercera, los periodos van de 8 a 7 de cada mes; enero \$3.509.965 correspondiente a la comisión, más \$376.238 correspondientes a los 22 días de dicho mes, para un total de \$3.886.203 (fls. 136-137); febrero \$3.385.592 (fls. 134-135); marzo \$4.148.409 suma que se tendrá como referencia, por cuanto es la única que aparece discriminada y que contiene el valor por la tarifa fija; para el mes de abril, en el que la orden anexa a folio 125 refleja que lo recaudado ascendió a \$60.258.552 y que el 7.5% de la comisión suma \$4.519.939, a lo que debe añadirse los \$513.053, para un total mensual de \$5.032.992; del mes de mayo no aparece acreditada la causación de comisiones, de manera que sólo se tendrá en cuenta el sueldo fijo por valor de \$513.053; junio, para efectos de computar aparece a fol. 120 que lo recaudado para ese periodo ascendió a \$36.123.193 y que la comisión era del 7.5% que correspondía a \$2.709.239,4, a la que se le debe sumar la tarifa fija y totalizaría \$3.222.293; el último periodo de 7 de julio a 7 de agosto en el que, por comisiones se causó el pago de \$688.220, a lo que se debe añadir los \$513.054, para un total de \$1.201.274. La sumatoria de lo devengado da \$21.013.578, lo que dividido en 209 días, nos da un diario de \$100.543 multiplicado por 30 nos refleja una mensualidad de \$3.016.303,06 que deberá tenerse en cuenta para efectos de realizarse la reliquidación de prestaciones, así como de la indemnización por terminación anticipada del contrato.

[...]

Respecto de la indemnización por terminación anticipada del contrato, cabe señalar que el contrato inicialmente se pactó hasta el 12 de diciembre de 2002, sin embargo la Federación estimó que lo daría por terminado a partir del 7 de agosto del mismo año, es decir, faltando 125 días para su culminación y es por ese lapso por el que se concretará la citada indemnización que, reliquidada con el último salario asciende a \$12.508.125; el tema de salarios dejados de cancelar, de enero a mayo de 2002, no fue objeto de

discusión en las instancias, ni el Tribunal lo incluyó dentro de sus condenas, de manera que frente a ese aspecto no hay lugar a pronunciarse.

En ese contexto, no asiste razón a la censura, al asegurar que frente a la existencia del salario variable, debe calcularse la indemnización por despido injusto, en razón a los 12 meses que anteceden a la terminación, pues como quedó visto en similares eventos, se ha tomado es el salario promedio de la proporción del último año laborado.

Ahora, no pasa por alto la Corporación que, por ejemplo, en sentencia CSJ SL13518-2017, tomó como salario para liquidar la indemnización en comento, por tratarse de una remuneración variable, «el promedio, del último año». Empero, cumple precisar, que esa referencia la realizó para aludir al año final de prestación de servicios del trabajador, obteniendo el promedio de lo devengado en los meses que laboró dentro de la anualidad en que se terminó el contrato, lo cual es ostensiblemente diferente a afirmar, que deba ser el promedio de los 12 meses anteriores a la terminación de ese vínculo.

En consecuencia, el cargo no prospera...”.

Entonces, aunque la juzgadora de primer grado, no señaló el monto o base salarial con la cual estableció el valor de la indemnización por despido, cuando es obligación del operador judicial precisar esos aspectos en la decisión; se puede colegir que al parecer tomó el salario básico percibido por la trabajadora, ya que al efectuar las operaciones se acerca a la suma que elevó por condena; sin embargo, ello no se acompasa con los lineamientos referidos en precedencia, como quiera que la demandante percibía comisiones y otros emolumentos constitutivos de salario como quedó analizado líneas atrás; por tanto, atendiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia, el salario para liquidar la indemnización aquí estudiada, asciende a la suma de **\$5.346.972**, que comprende el básico - \$1.970.613,00- más el promedio de los devengado durante el 2019 por salario variable (comisiones y demás emolumentos) - \$3.376.358.53 -, y arroja un salario diario de \$178.232.40.

Así, efectuadas las operaciones respectivas, por 7 años 10 meses y 1 día de servicio, la indemnización por despido corresponde a 166.72 días, la que asciende a la suma de **\$29.714.905,72**; motivo por el cual se modificará la cuantía determinada en la sentencia, que difiere de la aquí determinada.

Finalmente, también repara la vocera judicial de la parte demandada la condena impuesta por **sanción moratoria del artículo 65 del CST**. Al respecto, se debe recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral enseña que la misma no es automática e inexorable o axiomática, al punto que, para su imposición, el

juzgador debe analizar el comportamiento del empleador moroso, con el fin de establecer si su actuar se encuentra revestido o no, de buena fe, en razón a que la sola deuda objetiva de las acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo a su terminación, no le da prosperidad.

Dicho en otros términos, si de las circunstancias fácticas se establece que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello a los derechos laborales de quien reclama, la conclusión es que debe ser absuelto por este concepto, toda vez que la existencia de una verdadera relación laboral no trae como consecuencia fatal la imposición de esta sanción, si no se analiza primero el elemento subjetivo de la conducta omisiva del deudor, con miras a determinar si las razones que expone son atendibles o justificativas para obrar como lo hizo, sin importar si estas puedan ser consideradas o no, como correctas.

Lo importante es que las razones expuestas por el empleador puedan ser consideradas como atendibles de tal manera que razonablemente lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (a), para ubicarlo en el terreno de la buena fe, entendida esta como aquel “...*obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, (...) en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos...*”, sin que, por razón alguna, pueda presumirse la mala fe en su contra (CSJ, sentencias radicados 32416 de 2010, 38973 de 2011, SL11436 de 2016, SL16967-2017, SL194-2019, SL539-2020 y SL3288 de 2021 entre otras).

La juzgadora de instancia, para imponer condena por la sanción analizada, razonó lo siguiente: “...*frente a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, la cual si no se encuentra afectada del fenómeno jurídico de la prescripción, razón por la cual este despacho y en razón a que no se evidencia buena fe por parte de empleador, y a esta conclusión se llega en razón a que es claro que estos conceptos desde el origen tenían como finalidad retribuir los servicios de la trabajadora, de donde evidencia el despacho que lo que hubo acá fue un desconocimiento de las normas laborales por parte del empleador al no pagar las cesantías de manera completa al fondo, lo que lo hace acreedor a la sanción moratoria del artículo 65, pues no se evidencia buena fe por parte del empleador en ese orden de ideas...*”

Conclusión que comparte y acoge la Sala, ya que evidentemente los conceptos o emolumentos que reconocía la empleadora a la accionante y consideró que no constituían factor salarial, real y materialmente estaban retribuyendo directamente el servicio prestado por la trabajadora; pues si bien se escuda la parte accionada en que se pactó en el contrato de trabajo que algunos emolumentos o bonificaciones no constituían factor salarial, nótese que ese pacto quedó genérico, no se definió cual o cuales eran los conceptos y el objetivo de su reconocimiento para que no se tuviera como salario; los mismos los determinaba a su arbitrio la empleadora y en muchas ocasiones superaban el monto de lo que reconocía como salario básico; comportamiento que lleva a inferir que la intención de la pasiva era esconder la naturaleza salarial de esos emolumentos para no incluirlos como factor salarial al momento de liquidar las acreencias laborales y los aportes a seguridad social en los términos que lo dispone la ley, como se advierte al inicio del vínculo; lo que claramente denota un actuar alejado de los postulados de la buena fe.

Nótese que ni siquiera, la representante legal pudo explicar qué criterios tenía en cuenta la demandada para efectos de determinar que la *bonificación pactada* no constituía factor salarial, ya que como se aludió en precedencia, no presentó ninguna explicación del objetivo de ese pago, no se justifica las condiciones de su entrega, cuál fue su finalidad o que objeto cumplía respecto a las funciones asignadas a la trabajadora; aunque en los últimos años ya computó todo lo devengado y así lo reportó ante las entidades de seguridad social, como quedó evidenciado en el proceso; esta actuación no redime el comportamiento inicialmente advertido, que se reitera, no permite evidenciar una actitud alejada de toda intención de perjuicio hacia el demandante por parte del extremo pasivo. En ese orden, se confirmará la decisión de instancia frente a la condena por sanción moratoria del artículo 65 del CST.

No obstante, el apoderado de la parte actora objeta la cuantía salarial tomada por la juzgadora para imponer la condena, al aseverar “...en la sentencia no se dijo cuál era el salario que se tomaba como base, pero al parecer con base en la moratoria que impone, solo tomo como salario la suma de \$65 mil y unos pesos adicionales, en

consecuencia, ahí hay un error protuberante en la sentencia al establecer cuál es el salario promedio devengado durante el último año...”.

Y es que realmente, como se indicó anteriormente al analizarse lo concerniente a la indemnización por despido, se advierte que la juzgadora omitió además de indicar, como era su obligación, con que monto salarial estaba elevando dichas condenas, no tomó el salario realmente devengado, puesto que efectuadas las operaciones se logra determinar que para la sanción del artículo 65 del CST., condena a un día de salario en cuantía de \$65.687, suma que al multiplicarla por 30 días, arroja el quantum del salario básico, cuando se reitera la demandante percibía comisiones y otros emolumentos cuyo promedio debía tomarse como quiera que dichas sumas estaban retribuyendo la actividad realizada, es decir era contraprestación directa del servicio prestado, debiendo tenerse en cuenta, de ese salario variable, el promedio devengado para cuantificar la sanción moratoria.

Entonces, se modificará el quantum de la condena impuesta, tomando como salario diario la suma de \$178.232.40 (\$5.346.972 ./ 30), por veinticuatro meses, contabilizados a partir del 11 de mayo de 2019 al 20 de mayo de 2021, arroja un valor de **\$128.327.328,00**, y a partir del 11 de mayo de 2021 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta que se realice el pago de las diferencias por cesantías a las que se condenó a la accionada, por concepto de sanción moratoria del artículo 65 del CST.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, se revocará parcialmente y modificará la sentencia en los términos indicados, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

Ante lo adverso de la decisión del recurso a la parte demandada, se le condenará en costas. Fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente los numerales 2°, 3° y 4° de la sentencia proferida el 7 de junio de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá –Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **XIMENA PAOLA SABIO** contra **AUTOMOTORES COMERCIALES AUTOCOM S.A.**, en el sentido de modificar el quantum de las condenas allí señaladas, para tener que la demandada debe reconocer y pagar a la accionante las siguientes sumas de dinero: \$1.703.988,66 por concepto de diferencia dejada de pagar por cesantías del año 2015; \$29.714.905,72 por concepto de indemnización por despido; \$128.327.328,00 del 11 de mayo de 2019 al 10 de mayo de 2021 y a partir del día siguiente -11 de mayo de 2021- intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta que se realice el pago de las diferencias por cesantías a las que se condenó a la accionada, por concepto de sanción moratoria del artículo 65 del CST, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 6° del mencionado fallo, que absolvió a la sociedad demandada de las restantes súplicas de la demanda, en su lugar **CONDENAR** a **AUTOMOTORES COMERCIALES AUTOCOM S.A.**, reconocer y pagar a la demandante **XIMENA PAOLA SABIO** la suma de \$863.001.41 por concepto de diferencia dejada de pagar por cesantías del año 2016. Así mismo, a pagar al fondo de pensiones PORVENIR o al que se encuentre afiliada la demandante, las diferencias surgidas en los aportes para el riesgo de pensión de los periodos agosto y octubre de 2011; febrero, mayo, junio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2012; febrero, marzo, mayo a septiembre, noviembre y diciembre de 2013; todos los meses de 2014 y 2015; y enero a abril de 2016, tomando como IBC los valores que se reflejan en la columna denominada “DIFERENCIA EN EL IBC”, del cuadro que aparece en los considerandos de esta decisión, junto con los intereses moratorios en los términos del artículo 23 de la Ley 50 de 1990..

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia que se revisa.

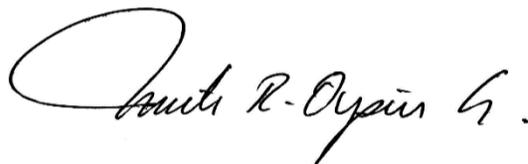
CUARTO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia, a la parte demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente digitalizado al juzgado de origen, para lo de su cargo.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria