

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARLENE OTALVARO GÓMEZ
DEMANDADO	Global Securities S.A. Comisionista de Bolsa. AFPROTECCION S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado Quince Laboral del Circuito
RADICADO	05001 3105 <b>015 2016 0994</b> 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 183 de 2019
TEMAS Y SUBTEMAS	Despido indirecto – Acoso Laboral -, comisiones o bonificaciones como factor salarial para vacaciones y pago de aportes a seguridad social pensiones por su por pacto de salario integral
DECISIÓN	Revoca parcialmente

Hoy, **veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020)**, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamientos frente al recurso de apelación interpuesto por la demandante, quien por su calidad de abogada actúa en causa propia, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Marlene Otalvaro Gómez** contra la sociedad **Global Securities S.A. Comisionista de Bolsa**, trámite al que fueron vinculadas por pasiva la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, radicado único nacional 05001 3105 **015 2016 0994** 01.

En la forma y términos del memorial aportado vía correo electrónico, se reconoce personería a la abogada **María Paulina Bedoya Londoño**, para asumir la representación de la parte demandante dentro del presente trámite.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto aprobado en discusión virtual como consta en acta N°. **020**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

## **Antecedentes**

Pretende la demandante el reconocimiento y pago de indemnización por despido injusto – indirecto - debidamente indexada, reajuste de vacaciones causadas y pagadas durante toda la vinculación laboral, el reajuste de aportes a pensiones por todo el tiempo en que se desarrolló la relación laboral, teniendo en cuenta la totalidad del salario devengado mes por mes y año por año, pide también condena en costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones afirma que el 1º de julio de 2004, mediante contrato de trabajo a término indefinido, se vinculó laboralmente a la sociedad Pichincha Valores S.A. – Comisionista de Bolsa, la que mediante escritura pública Nro. 1406 del 09 de marzo de 2006 – Notaría 12 de Medellín, registrada en Cámara de Comercio, cambió su razón social por la de Global Securities S.A. Comisionista de Bolsa. El cargo desempeñado fue operadora profesional del mercado de valores. El 1º de noviembre de 2006 suscribió otro sí al contrato cambiando la modalidad de remuneración a salario integral, fijándose para ese momento la suma de \$5.304.000 mensuales, y para la fecha de terminación devengaba \$8.376.550 mensuales; no obstante, la empleadora le canceló adicionalmente durante

la relación laboral y con motivo y ocasión de su gestión comercial, sumas de dinero mensuales a título de **bonificaciones o comisiones**, que también constituyen salario por ser pagos periódicos o habituales que retribuían sus servicios, las que en el último año tuvieron un promedio mensual de \$4.964.681, pero inexplicablemente estos no fueron tenidos en cuenta para aportes al sistema de seguridad social integral ni para liquidar vacaciones, inicialmente estos valores se consignaban en cuenta Conavi hoy Bancolombia bajo la denominación PAGO DE NOMINA, o eran depositados en una cartera que tenía en la accionada denominada FIC abierto Global Vista.

Agrega que presentó renuncia motivada (**despido indirecto**) el 31 de agosto de 2015, la cual se hizo efectiva el 04 de septiembre siguiente, ante los **permanentes episodios de acoso laboral que venía sufriendo por parte de su jefe directo Marco Antonio Gómez Macías**, quien en múltiples ocasiones hacía comentarios sexuales directos y crudos referidos a ella, afirmando que los clientes la preferían por sus atributos físicos, señalando sus pechos y caderas, también eran frecuentes las insinuaciones en el sitio de trabajo y fuera de él y los comentarios maliciosos y descarados delante de los demás compañeros, lo que hizo insostenible su continuidad en la empresa, presumiéndose como justa causa la terminación del contrato por acoso laboral por parte del empleador, en los términos del artículo 10, numeral 5º de la Ley 1010 de 2006. El 4 de septiembre de 2015 le fue pagada la liquidación final y tampoco en ella se incluyeron las **comisiones o bonificaciones devengadas**; el 18 de septiembre de 2015 elevó derecho de petición solicitando información sobre el salario básico percibido y las comisiones, recibiendo respuesta sobre el primer punto, por lo que el 27 de octubre elevó nueva petición en relación con los pagos efectuados, en forma discriminada mes por mes y año por año, con motivo de su gestión comercial, obteniendo certificación de algunas sumas

por **bonificaciones no constitutivas de salario**. El 28 de marzo de 2016 el apoderado envió a la accionada propuesta de invitación a acuerdo transaccional sin obtener respuesta. Puntualiza que se encuentra afiliada a la AFP PROTECCIÓN S.A., solicitando su citación.

En auto del 12 de agosto de 2016 se **admitió** y ordenó dar trámite a la acción, disponiéndose la citación por pasiva de la AFP PROTECCION S.A. fl. 350; notificadas de tal decisión las accionadas allegaron pronunciamientos así:

**Global Securities S.A. Comisionista de Bolsa** fls. 361 y ss., admite la vinculación laboral de la demandante, el cambio de razón social, el cargo desempeñado, el otro si al contrato para pactar salario integral, el valor final del monto mensual percibido; en cuanto a los pagos adicionales explica que no se trataba de comisiones por su trabajo individual sino de un reconcomiendo al trabajo del grupo en una mesa comercial, dependiendo de los resultados del área y de la compañía en general, con autonomía del gerente comercial para definir en cada caso los criterios de distribución entre los beneficiarios, ascendiendo tal valor para el último año a \$18.717.057 que equivaldría a una cifra mensual de \$1.559.755 y no a la indicada en la demanda, precisando que tales pagos no se tuvieron en cuenta en la liquidación de vacaciones ya que por su naturaleza no eran constitutivos de salario y además las partes en la cláusula 8 parágrafo 5º del contrato le habían quitado la naturaleza salarial, pero si se consideraron para aportes a seguridad social en los casos en que excedieron el porcentaje que permite la Ley 1393 de 2010, sin que haya forma de verificar el medio por el cual se cancelaron tales sumas a la actora, precisando que para el caso de Bancolombia los pagos solo tienen dos categorías posibles, **pagos de nómina** o **pagos a proveedores**, para la actora la opción necesariamente era la primera; es cierta la presentación de

carta de renuncia el 31 de agosto de 2015 por supuestas fallas imputables al empleador, a lo que se dio respuesta rechazando por infundados los cargos contra la empresa y aceptando la renuncia a partir del 04 de septiembre; del presunto acoso laboral la compañía nunca tuvo conocimiento, ni la trabajadora lo denunció, por lo que se averiguó al momento de terminación del contrato y se concluyó que ellos no se presentaron y se trataba simplemente de chanzas de claro contenido adulto que acostumbraban entre compañeros de trabajo, puntualizando que en el Reglamento Interno de la Empresa, siguiendo la articulación de la Ley 1010 de 2006, se establece un procedimiento para los casos que puedan ser considerados acoso laboral, existiendo trámite interno para su solución; admite los derechos de petición formulados por la actora, las respuestas emitidas y la invitación a un acuerdo transaccional por medio de abogado que no allegó constancia de legitimación para actuar en representación de la demandante. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción.

**La AFP Protección S.A.** fls. 488 y ss., frente a los hechos manifestó que no le constan, precisando que con ocasión de reasesoría pensional efectuada por esa sociedad a la actora, esta tomó la decisión de trasladarse al RPMPD administrado por COLPENSIONES, diligenciando formulario el 19 de mayo de 2016 y efectivo a partir del 1º de julio del mismo año inclusive, efectuándose el correspondiente traslado de saldos. Propuso como **excepción previa** la de falta de legitimación en la causa por pasiva. al encontrarse la demandante afiliada a Colpensiones, y de **mérito** las de improcedencia de la acción por carencia de objeto, falta de causa para demandar, inexistencia del derecho, falta de legitimación por pasiva, hecho exclusivo de un tercero, innominada o genérica.

En auto del 26 de octubre de 2017 se dispuso vincular a COLPENSIONES, notificar la existencia del trámite al Procurador Delegado Laboral y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fls. 508, allegándose respuesta solo por **Colpensiones**, fls. 519, entidad que frente a los hechos admite la vinculación laboral de la demandante y el cambio de razón social de la accionada; los derechos de petición a la empleadora solicitando relación de las sumas canceladas, los demás supuestos no le constan; **no se opone a las pretensiones** por estar referidas a la empleadora y no a la entidad de seguridad social.

La primera instancia **culminó con sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito**, en la que declaró que entre la demandante y la sociedad Global Sucurities S.A. – Comisionista de Bolsa- existió un contrato de trabajo a término indefinido con extremos entre el 1º de julio de 2004 y el 4 de septiembre de 2015, el cual finalizó por renuncia de la trabajara; que los pagos efectuados a esta por concepto de bonificaciones no constituyen salario, absolvió entonces a la sociedad empleadora a Colpensiones y a la AFP Protección S.A. de las pretensiones incoadas en su contra, declarando configurada la excepción de inexistencia de la obligación, los demás medios defensivos los declaró implícitamente resueltos, gravó con costas a la parte vencida y fijó el monto de las agencias en derecho a favor de cada una de las accionadas.

Argumentó la juzgadora, en relación con **el despido indirecto por acoso laboral**, que el testigo traído por la demandante no fue lo suficientemente coherente y responsivo, siendo evidente su desconocimiento de los hechos constitutivos de tal conducta, y si bien en la carta de renuncia se expusieron los mismos, la empresa respondió negando tales afirmaciones, pues consultado el comité de convivencia no existió queja alguna de la actora, y en cuanto a los comentarios de tipo sexual del señor Marco

Antonio su superior, quedaron en meras afirmaciones, al igual que lo indicado en el sentido de no despedirla porque le salía muy cara, pues ni se probó tal circunstancia ni tampoco si en realidad era la persona facultada para prescindir de sus servicios, agregando que el hecho de iniciarse proceso disciplinario en su contra es una manifestación de la facultad subordinante del empleador que en modo alguno puede interpretarse como acoso laboral, concluyendo que la terminación del contrato obedeció a renuncia voluntaria de la trabajadora, sin que haya lugar al reconocimiento de la indemnización reclamada. Y en cuanto al **carácter salarial de las comisiones y bonificaciones**, no quedó acreditado que su finalidad fuera retribuir el servicio, siendo un reconocimiento al trabajo de grupo de la mesa comercial, dependiendo de los resultados del área tal como se explica a fls. 39 y 553-554 y a fls. 50, 52, 54 se certifica distribución de utilidades y ganancias de la empresa no constitutivas de factor salarial, sin que de los extractos bancarios se pueda inferir tal naturaleza al advertirse que los pagos solo eran posibles bajo dos denominaciones, nómina o proveedores, efectuándose en el caso de la demandante bajo la primera, negando entonces los reajustes de las sumas canceladas por vacaciones y por aportes a seguridad social en pensiones, declarando configurada la excepción de inexistencia de la obligación. Gravó con costas a la actora.

## **Recurso de apelación**

Oportunamente interpuesto por la demandante, quien manifiesta que no comparte la decisión al habersele dado valor a las pruebas de la sociedad demandada más no a las suyas. Explica que no obstante ser abogada, cuando empezó a laborar en la empresa lo hizo como corredora de bolsa-profesional en mercado de valores, y por tanto no tenía conocimiento del manual de convivencia y del reglamento interno de trabajo de la firma, pues no le incumbía para nada ya que no tomaba decisiones que tuvieran

que ver con el tema legal. Explica que si bien a su testigo Juan Felipe no le consta el acoso laboral, ello si ocurría con la declarante de la que se desistió por la empresa y ante sus preguntas iba a contestar con la verdad al ser una persona justa que no iba a engañar a nadie, pero el citado deponente frente al tema de las **comisiones**, explicó que si eran retribución directa del trabajo y se pagaban mes a mes, que tenían una meta de 3 veces su salario y siendo el suyo el integral tenía que superar 30 millones y del excedente se restaban los costos de bolsa y otras cosas que tenían las firmas y el 40% les quedaba como retribución directa del servicio, sin que se demostraran pagos por mera liberalidad; de hecho permaneció en la accionada durante 11 años, lo que hace suponer que producía altas comisiones, pero erradamente la juez ignorando los extractos bancarios visibles entre fls. 86 al 349 que reflejan el pago de comisiones, y cheque por el mismo concepto considera lo contrario, limitándose a creer que era generosidad de la firma comisionista y que se determinaba por los administradores o junta directiva, lo que no se demostró, **olvidando además** que la accionada ante prueba oficiosa ordenada por el despacho, certifico amañadamente pagos agrupados, así se hicieran en meses distintos, sin corroborarlos con los extractos, siendo estos retributivos del servicio y no mera liberalidad ni eventualidad, dándosele valor únicamente a la prueba documental y testigo aportado por la sociedad y descartando el suyo, considerando que en aras de la justicia el pronunciamiento no debió haber sido en su contra.

Cuestiona luego el desistimiento de una de las testigos traídas al trámite por la empresa. Insiste en que deben tenerse en cuenta los extractos bancarios y correos electrónicos que hablan de comisiones para concluir que son pagos retributivos de la labor y valorarse la declaración de Juan Felipe quien expreso que las comisiones no se cancelaban de manera colectiva sino individual, esto es, por el trabajo de cada persona, y siendo



la prueba la que da solidez a la sentencia, se debe tener certeza de ser las bonificaciones por gestión de grupo **y darse crédito al acoso laboral**, al no haberse desvirtuado por la empresa, pues no se puede decidir sobre un criterio subjetivo, olvidando además la juez que en la primera audiencia **el representante legal de la accionada**, señor Álvaro José Aparicio dijo que quería llegar a un acuerdo de conciliación, propuesta que hizo por "**tener rabo de paja**", cayendo por su peso la valoración efectuada por la a quo. Seguidamente cuestiona la actuación de su apoderado inicial por la cercanía con el de la accionada, solicitando revocar la decisión y acoger las pretensiones en su integridad las que lee.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** ante esta instancia hizo uso la apoderada de la demandante, insistiendo en la solicitud de **revocatoria** de la sentencia, al ser palpable la presencia de un error fáctico, consistente en no haberle reconocido connotación salarial a las COMISIONES devengadas por la de manera periódica durante el tiempo que estuvo vigente el vínculo laboral, estando satisfechos los supuestos para ello, debiéndose entonces despachar favorablemente las pretensiones.

La apoderada de **Colpensiones**, explica que las bonificaciones o comisiones no están llamados a considerarse como salario, toda vez que tenían la connotación de sumas dadas por mera liberalidad del empleador por gestión grupal, sin que se pagaran de manera habitual; **de sostenerse lo contrario**, está en cabeza del empleador efectuar las cotizaciones al sistema general de pensiones, teniendo en cuenta el salario efectivamente devengado, previa elaboración por esa entidad del correspondiente cálculo actuarial.

La apoderada de la **AFP Protección S.A.**, solicita mantener la absolución impartida a su favor, porque si bien es cierto la demandante estuvo afiliada a esa administradora desde el 1º de abril de 2002, con ocasión de

reasesoría pensional el 18 de mayo de 2016 suscribió formulario de retorno al RPMPD, encontrándose vinculada desde el 1º de julio de esa anualidad a COLPENSIONES.

El apoderado de la sociedad **Global Securities S.A.**, indica que el recurso de apelación de la demandante tiene por finalidad, que se declare que la terminación del contrato de trabajo fue por causa imputable a esta sociedad y, que los ingresos denominados como bonificación sean considerados como salario, limitando los efectos de dicha declaración al punto del petitum relativo a la reliquidación de lo pagado por el concepto de vacaciones, acusando la decisión de primer grado de no haber valorado las pruebas por ella aportadas, lo que no es cierto, por lo que no siendo real el motivo base del recurso se debe confirmar la decisión. Puntualiza que en aras de la brevedad se abstiene de repetir los argumentos expuestos en la etapa de alegaciones para solicitar absolución, a los que se remite en forma expresa.

## **Consideraciones**

Como hechos debidamente acreditados en los autos se tienen: la vinculación laboral de la demandante a la sociedad Pichincha Valores S.A. comisionista de Bolsa, mediante contrato de trabajo a término indefinido iniciado el 1º de julio de 2004 en el cargo de promotora comercial, sociedad que con escritura del 09 de marzo de 2006, Notaria 12 de Medellín, debidamente registrada en Cámara de Comercio, cambio su razón social por la de **Global Securities S.A. comisionista de Bolsa**, vínculo laboral que finalizó el 4 de septiembre de 2015.

Atendiendo el principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. T. y de la S.S., el **problema jurídico** en esta instancia. se circunscribe a

establecer si le asiste razón a la demandante en sus argumentos tendientes a obtener la revocatoria de la sentencia de primer grado que desestimó las pretensiones de indemnización por despido indirecto y reajuste de vacaciones y aportes a seguridad social teniendo como factor salarial los montos cancelados por bonificaciones o comisiones.

Pues bien, en cuanto a la **indemnización por despido indirecto**, el mismo se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque si bien en principio se ha señalado por parte de la jurisprudencia especializada que al primero le basta con acreditar la finalización del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (véase la sentencia SL14877 del 5 de octubre de 2016).

Sobre esta figura, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL13681 de 2016, reiterada en la SL3288 de 2018 y SL4691 de 2018, sostuvo:

*"si es el trabajador quien finaliza el nexo laboral invocando incumplimiento de las obligaciones del empleador, a éste le atañe demostrar ante el juez laboral que realmente ocurrieron los hechos que motivaron la cesación del vínculo, y si en efecto los acredita, el empleador debe asumir las consecuencias pertinentes, en cambio, si el trabajador no logra probar tal incumplimiento necesaria y rigurosamente la consecuencia es que el contrato de trabajo terminó por parte del trabajador sin justa causa, vale decir, equiparable jurídicamente a una simple dimisión del trabajador, a una dejación espontánea y libre.*

*Ha dicho la Corte que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adocctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, pero eso no significa, que los hechos en ella relatados hayan ocurrido de*

*esa manera y en esas circunstancias. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, el que determina si los supuestos fácticos, en que se funda la decisión, constituyen o no justa causa. Subrayas agregadas.*

En el caso a estudio se tiene que mediante comunicación del 31 de agosto de 2015 visible a fls. 25 y 400, la actora, presentó renuncia a su cargo, argumentando: **1.** *Que en reiteradas ocasiones el Sr. Gómez Macías ha hecho comentarios sexuales relacionados conmigo, como decir que los clientes me prefieren por mis atributos físicos (haciendo gestos alusivos a mis pechos y caderas). ...* **2.** *En varias ocasiones me ha dicho que no me despide porque le salgo muy cara a la compañía. Y* **3.** *Que ante una situación ocurrida el 27 de agosto de 2015 por olvido del Departamento de Recursos Humanos en el giro de parte de su nómina, el mismo señor Gómez le manifestó que la llevaría a comité disciplinario por su falta.*

Emitiéndose pronunciamiento por la empresa el 03 de septiembre del mismo año, indicando que *no acepta ninguna de sus afirmaciones expuestas en la carta mencionada relacionadas con acoso laboral, y menos cuando consultando con el comité de convivencia no existe queja alguna por este supuesto hecho, que usted hubiese presentado ante dicho comité.... De otra parte, no entendemos su prevención para con la empresa si se quiere llevar su caso de comportamiento del día 27 de agosto ante el Comité Disciplinario, pues la intención de la entidad no es dañarle su hoja de vida como usted lo manifiesta, sino que simplemente se aclaren los posibles malos entendidos que hubiesen ocurrido. No obstante, lo anterior la empresa se ve en la penosa necesidad de aceptarle la renuncia por usted presentada ... la cual se hará efectiva a partir de la terminación de la jornada laboral de 4 de septiembre de 2015, fls. 26 y 401.*

Y en efecto, a pesar de obrar acta de constitución y organización de comité de convivencia laboral, con representantes de la compañía y de los trabajadores, con fecha 22 de julio de 2014, fls. 391, esto es, anterior a la terminación del contrato, ningún trámite ante el mismo se dio y tampoco

obra medio de convicción que respalde las afirmaciones de la trabajadora, pues su testigo, señor **Juan Felipe Londoño Arango**, al ser indagado sobre la existencia de política para prevenir acoso laboral en la compañía no recuerda haber firmado ningún documento, y tampoco informa sobre el sufrido por la actora, luego, no satisfizo la ex trabajadora la carga probatoria frente a los móviles invocados para la renuncia motivada, sin que baste su mera afirmación para invertir la carga de la prueba como lo pretende o para imponer condena por indemnización por despido, máxime cuando el artículo 10 de la Ley 1010 de 2006, *por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo*, a la letra dispone: El acoso laboral, cuando estuviere debidamente acreditado, se sancionará así: ... 5. Con la presunción de justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, particular y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia o retiro del trabajo, razones por las que **se impone la confirmación de la sentencia en este apartado**, sin que sea posible cuestionar a esta altura procesal la decisión de la parte demandada de desistir de la recepción de la testigo adicional anunciada en el escrito de contestación, con la debida aprobación del despacho en la etapa procesal pertinente sin reparo alguno, y tampoco el hecho de haberse considerado por la empresa la posibilidad de un acuerdo conciliatorio, pues conforme a lo previsto en el artículo 16 del Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos: *La conciliación tendrá carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, no incidirán en el proceso subsiguiente cuando este tenga lugar*, ni queda tampoco acreditada actuación irregular del apoderado judicial de la actora, la que solo se menciona al sustentar la alzada, sin ninguna evidencia probatoria.

Sobre la naturaleza salarial de las **bonificaciones o comisiones** y su incidencia en la base para liquidar vacaciones y aportes a pensión, es del

caso precisar, que el concepto de salario es explicado por la jurisprudencia especializada a partir del contenido del artículo 127 del C. S. del T., que indica que lo constituye todo pago que recibe el trabajador en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, siendo este una ventaja patrimonial que se percibe como contrapartida del trabajo subordinado o, la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido; y en cuanto a su función, además de ser el valor con que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia, por lo que goza de especial protección legal y constitucional al garantizarse su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CN y 127 y ss. CST); aparte de ello, sirve el salario para determinar la base para liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y aportes parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo. Ver entre otras sentencias SL 5159-2018.

En los términos del artículo 128 del C. S. del T., no constituyen salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo, como: **i)** las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; **ii)** las prestaciones sociales; **iii)** el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos

últimos en la parte destinada al transporte y representación; **iv)** las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo, pues todo pago que retribuya directa o indirectamente la prestación del servicio es constitutivo de este.

Y si bien de acuerdo con este precepto las partes pueden acordar que ciertos pagos, beneficios o auxilios no constituyen factor salarial, pacífica, unánime y reiterada ha sido la jurisprudencia especializada en advertir que *la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo* (ver entre otras sentencias 39475 del 13 de junio de 2012 y SL 12.220 de 2017).

En el caso a estudio en el contrato inicial se pactó un salario mensual de \$2.500.000,00, indicándose en el parágrafo 5º de la cláusula 8, *las partes expresamente acuerdan que lo que reciba EL TRABAJADOR o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean bonificaciones o auxilios ocasionales, tales como la alimentación, habitación o vestuario, bonificaciones extraordinarias, prestamos de vehículos, subsidios o auxilios para el transporte, primas extralegales o cualquier otra que reciba de manera extraordinaria durante la vigencia del contrato, en dinero o en especie, a cualquier título o bajo cualquier otra denominación, no constituye salario conforme lo preceptuado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, fls. 41 a 44 y 373 a 376; el 1º de noviembre de 2006, **se suscribió otro si al contrato**, acordando modificar la modalidad salarial, la cual cambia a salario integral de CINCO MILLONES TRESCIENTOS CUATRO MIL PESOS (\$5.304.000), el cual además del trabajo ordinario, comprende el pago de todas las prestaciones sociales, recargos y beneficios tales como el concerniente al trabajo extraordinario, nocturno, en días de descanso obligatorio, descansos dominicales y festivos, sobresueldos, primas legales y extralegales, **bonificaciones**, las cesantías y sus intereses, los subsidios y suministros en especie, excepto las vacaciones. El salario integral que así se constituye engloba todos los beneficios, prestaciones y conceptos antes enunciados. Fls. 45 – 46.*

Con comunicación del 19 de octubre de 2015, la empresa accionada entregó a la demandante reporte del aplicativo contable ENCUESTA, en que se reflejan las partidas que componen el salario básico durante el tiempo de prestación de servicios y en cuanto *a la discriminación, mes a mes y año por año, de todas las comisiones que se le cancelaron con motivo de su gestión comercial, es importante resaltar que Global Securities S.A. no tiene estructurado dentro de la política de remuneraciones el pago por concepto de comisiones* fls. 28 a 37; a fls. 40 obra reporte del aplicativo encuesta a favor de la demandante por bonificaciones no constitutivas de salario en los años 2012, 2013, 2014 y 2015; a fls. 50 obra constancia de la empresa sobre distribución de utilidades durante el año 2006, recibiendo la actora \$21.339.837,00; a fls. 52-53 se certifica que *por concepto de distribución de utilidades durante el periodo de septiembre de 2009 a agosto de 2010, la señora Otalvaro Gómez, recibió los siguientes valores, discriminados para los meses de septiembre, octubre de 2009, febrero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre de 2010; enero y marzo de 2011; para el año 2012 se le certificó un salario fijo mensual de \$7.367.100,00 y un promedio mensual de \$7.784.443,00 por anticipo distribución de utilidades* fls. 54; para el año 2014 se le certificó el salario integral fijo mensual de \$8.008.000,00 y *por concepto de bonificación por gestión de grupo durante el primer semestre de 2014, ha recibido un promedio mensual de* **\$5.501.035,33** fl. 55; entre fls. 73 y 85 obran extractos FIC abierto global vista a nombre de la demandante, fecha de constitución 30 de octubre de 2009, con registros de transacciones en cheques desde tal calenda hasta el 06/05/15 y a fls. 86 a 89 depósitos en cheque a su nombre en fechas 18 de noviembre de 2005 por \$3.302.799; \$6.568.006 en fecha ilegible; \$14.432.737 del 17 de enero de 2006; \$22.781.725 el 15 de febrero de 2006; entre fls. 91 y 349 obran extractos de cuenta Conavi y Bancolombia en los que se registran transferencias electrónicas con NIT de la accionada a cuenta de la actora; a partir del fl. 115 depósitos de nómina y a partir del fl. 131 pago de nómina.



En respuesta a prueba decretada de oficio por el despacho, la accionada en comunicación del 14 de agosto de 2018, remitió relación *de las bonificaciones por gestión de grupo que le fueron pagadas a la señora Otálvaro Gómez. En el documento que se acompaña aparecen las fechas en que se registraron contablemente las bonificaciones por gestión de grupo, inicialmente con una mayor frecuencia y, posteriormente con un registro únicamente de una o dos veces al año.* Explicando: ***No sobra recordar que los pagos realizados por la comisionista obedecen única y exclusivamente a unas bonificaciones por gestión de grupo, que a criterio de la Junta Directiva y una vez analizada la gestión realizada se concedían a algunos funcionarios de la entidad fls. 553-554.***

En diligencia de interrogatorio de parte, el señor Álvaro José Aparicio Escallon, representante legal de la firma comisionista de bolsa accionada, al ser preguntado sobre las certificaciones obrantes en el expediente, referidas al pago de comisiones, bonificaciones o distribución de utilidades, explicó que en el contrato suscrito por la demandante se estipuló un salario fijo que no se vería incrementado por ningún tipo de comisión, y en el evento de existir algunas bonificaciones se entenderían no salariales. ***Estas bonificaciones obedecen a gestiones de grupo*** que se hacen en las comisionistas de bolsa. Son gestiones de personas que pertenecen a una mesa de negocios que genera una serie de ingresos a la comisionista de bolsa y por esos ingresos la junta directiva motu proprio puede decretar una bonificación para quienes participan en esa mesa y agrega: las bonificaciones que se dan en la sociedad comisionista de bolsa obedecían a una gestión de grupo, conjunto de personas que participan en una mesa de generación de negocios. ***Esa mesa de generación de negocios tienen unas metas y unos índices de gestión y de acuerdo con esos índices de gestión y la generación del grupo la junta directiva reconocía algún tipo de bonificación a quienes participaban en esa mesa,*** de tal manera que podían existir unos de la sociedad comisionista de bolsa que no se les daba bonificación y a otros se les daba bonificación por la gestión de grupo, adicionalmente global ha sido una sociedad que ha tratado de incentivar los funcionarios en la entidad. Los *pagos se*

*podían hacer como anticipo contra futuras decisiones de la junta directiva que en caso de que no se llegase a cumplir esas bonificaciones o incentivos que se estaban generando se generaba una cuenta por pagar por parte del empleado. Y sobre el folio 554 explica: aquí hay fechas de bonificaciones por valores diferentes que obedecían a decisión de la junta directiva de hacer pago de motivación a empleados.*

El testigo **Juan Felipe Londoño Arango**, quien desempeñó en la accionada el mismo cargo de la aquí demandante, entre los años 2011 y 2014, explica que ***la mesa de valores está compuesta por los operadores profesionales del mercado de valores o sea pues los comisionistas de bolsa, los cuales tienen unas metas establecidas, tienen unos clientes asignados y van consiguiendo nuevos clientes, tratan de proponer y hacer negocios con sus clientes para hacer una producción que va a sumar a su meta personal,*** durante su estadía en la empresa la modalidad salarial para los comerciales u operadores comerciales era un salario básico y unas comisiones, estas *partían de la base del salario que uno tenía multiplicado por 3 veces, menos los costos de bolsa y esa diferencia el 40% era para el comercial y el 60% para la firma*, sin que conociera diferencia alguna entre comisiones, distribución de utilidades o bonificaciones por gestión de grupo, pues para el eran lo mismo.

La declarante **Linda Susana Villa Jaramillo**, empleada de la empresa accionada desde el año 2010, explica que el salario de la demandante como asesora comercial era inicialmente fijo mensual y luego integral, ***y recibía algunos pagos adicionales asignados a toda la fuerza comercial por un desempeño colectivo asociado también a resultados de la organización y a discreción de la junta directiva.***

Quedando demostrado que el pago por **distribución de utilidades** para los años 2006 fls. 50; 2009, 2010 y 2011 fls. 52-53, finalmente denominadas **bonificaciones por gestión de grupo** fls. 55, 553 y 554, obedecía al **cumplimiento de metas de la fuerza comercial**, tal como se confiesa por el representante legal de la empresa en diligencia de

interrogatorio de parte y se respalda con el dicho de testigo que ejecutó la misma labor, pues las mesas de generación de negocios tienen unas **metas y unos índices de gestión** y de acuerdo con su cumplimiento la junta directiva reconocía la bonificación, así las mismas no sean constantes, pues se dan de acuerdo a los resultados, pagándose incluso como **anticipos**, como lo admite el mismo representante legal, desvirtuándose así la noción de **bonificación**, *pues no tenían la calidad de genuinos premios, reconocimientos o incentivos, sino que eran materialmente comisiones, diseñadas para compensar el cumplimiento de las metas mínimas.... En efecto, una cosa es premiar a un trabajador por su alto desempeño en comparación con otros, y otra -bien distinta- es establecer condiciones generales y uniformes de pago por porcentajes en ventas, colocación de servicios o por el importe de una operación. Indudablemente, lo que hizo la empresa fue lo último, pues la causación de las bonificaciones no era un pago a modo de reconocimiento a la gestión extraordinaria de unos trabajadores, sino una compensación directa de sus actividades, entregada en proporción a su cantidad de trabajo, así se explica en sentencia SL1798-2018 Rad. No. 63988, pronunciamiento en el que se citaron entre otras, ilustrativa para el caso, la sentencia Rad. 22069 del 13 de septiembre de 2004 en la que se sostuvo:*

*Luego, si como lo halló demostrado el propio juzgador, el pago realizado al accionante tenía todas las características del salario y correspondía realmente al concepto de comisiones, independientemente de la denominación que se le diera, no podía excluirse como parte del salario retributivo del servicio, porque, tal cual lo señala el recurrente, esa naturaleza salarial proviene del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y no se le puede desconocer por lo dispuesto en el 128, puesto que él no permite restar el carácter salarial de cualquier pago al que se refieran los acuerdos celebrados por los contratantes, sino que procede sólo (sic) frente a algunos auxilios o beneficios. Pero en modo alguno puede aceptarse que esa última normatividad incluya todos los conceptos o rubros, como las comisiones, que por su origen, quedan por fuera de la posibilidad que ofrece el mencionado artículo 128, de negar la incidencia salarial de determinados pagos en la liquidación de prestaciones sociales o de otras acreencias laborales.*

*"De allí que no podía, sin transgredirse la ley, darle validez al pacto o escrito por medio del cual se desfiguraba la naturaleza salarial de las comisiones, porque el artículo 43 del C. S. del T. prevé la ineficacia de las estipulaciones o condiciones que sean contrarias a la ley.*

*"Sobre el particular, es pertinente mencionar la sentencia proferida por esta Sala de la Corte, del 26 de abril de 2004, expediente número 21941, en la cual se reiteraron las de radicados 8426, 10951, 11310, 19475, 21129 y 20914*

Planteamientos que se reiteran en sentencia SL4233-2019, en que se analiza asunto en que es demandada la sociedad Acciones de Colombia S.A. – Comisionista de Bolsa en Liquidación, la cual cancelaba al trabajador una suma por concepto de *participación de utilidades*, quedando evidenciado como en el caso a estudio, que la finalidad de esta era la de retribuir *de forma directa el servicio del trabajador, en la medida en que se le pagaba por los proyectos o negocios celebrados por él y en beneficio de la empresa, vale decir, era uno de aquellos pagos que constituían una contraprestación directa del servicio, a pesar de la denominación que le dieran las partes*, sin que fuera valido el argumento del Tribunal para negarle carácter salarial a este pago el que resulta idéntico a los expuestos por la juzgadora de primer grado, esto es, *el hecho de no percibir la suma de dinero en forma única, periódica, fija y mensual, y a pesar del consenso entre las partes se advirtió que se le restó carácter salarial a un pago que remuneraba de manera directa el servicio prestado, porque si bien lo denominaron como «participación de utilidades», lo cierto es que se generaba no porque la empresa las obtuviera, sino por la gestión que realizara el demandante frente a los proyectos o negocios que lograra conseguir.*

Se **revocará** entonces la sentencia en este punto, para reconocer carácter salarial a las denominadas **bonificaciones por gestión de grupo** canceladas a la actora durante toda la relación laboral, las que tienen incidencia para el pago de aportes a seguridad social en pensiones y para la liquidación de sus vacaciones, tal como se reclama en el escrito de demanda.

Para efectos de establecer la exigibilidad de la obligación laboral del reajuste de los pagos por vacaciones, acontecimiento a partir del cual se ha de comenzar a contar el término prescriptivo de que trata tanto el artículo 488 del CST con el 151 del CPT y SS, *"...el juzgador debe remitirse a la fecha en*

*que cada parte del contrato laboral está en la posibilidad, legal o contractual, de solicitarle a la otra, por estar causado, el reconocimiento y pago directo de la respectiva acreencia, o de buscar que ello se haga, en vista de su desconocimiento o insatisfacción, con la intervención del juez competente..”* (véase las sentencias SL 4222 de 2017 y 1183 de 2018), por lo que, siendo pacífica la jurisprudencia en considerar que la obligación de pagar salarios, bonificaciones y acreencias, es de tracto sucesivo, en razón a que su exigibilidad se predica en la medida que el respectivo periodo de pago se vence, precedente resulta ordenar la reliquidación de lo cancelado por concepto de vacaciones a partir del 4 de septiembre de 2012, esto es, tres años antes de la finalización del contrato, al haber fenecido el mismo el 4 de septiembre de 2015 y presentarse la demanda en agosto de 2016; los demás se vieron afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción, razón por la cual se le ordenará a la entidad demanda, realizar el reajuste de las vacaciones canceladas a partir del 4 de septiembre de 2012, teniendo en cuenta para ello la incidencia que sobre el salario integral mensual devengado por la actora, tiene la bonificación por gestión de grupo percibida y reportada a folio 554, ello en tanto, en los autos no se observa con claridad cómo fueron canceladas las vacaciones y por qué periodos atendiendo que hay que considerar la fecha de causación y disfrute de las mismas, y que aparecen varios rubros pagados sin especificarse el lapso a que corresponden.

Frente al reajuste de los aportes a pensión, es de indicar que por este concepto no opera el fenómeno extintivo de la prescripción al estar aún el derecho pensional de la demandante en formación, por lo que con fundamento en la relación obrante a 554, teniendo en cuenta la incidencia en el salario mensual, COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, efectuará la liquidación del ajuste que en aportes corresponde por todo el tiempo en que se recibieron las bonificaciones, con los intereses moratorios, lo que pondrá en conocimiento

de la empleadora, quien procederá a su cancelación dentro de los 30 días siguientes, y una vez recibido tal valor a entera satisfacción, la administradora de pensiones procederá a efectuar los ajustes que correspondan en la historia laboral de la actora.

Costas en ambas instancias a cargo de la sociedad demandada y a favor de la demandante. En esta se fijan agencias en derecho en la suma de **\$877.803,00.**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Marlene Otalvaro Gómez** contra la sociedad **Global Securities S.A. Comisionista de Bolsa**, trámite al que fueron vinculadas por pasiva la **AFP Protección S.A.** y **Colpensiones**, para en su lugar:

**1.- Condenar** a Global Securities S.A. Comisionista de Bolsa, a liquidar y pagar el reajuste de las vacaciones canceladas a la señora Marlene Otalvaro Gómez partir del 4 de septiembre de 2012, teniendo en cuenta para ello la incidencia que tiene sobre el salario integral devengado la bonificación por gestión de grupo percibida y reportada a folio 554, para lo que se le otorga un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

**2.-** Se ordena a COLPENSIONES, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, efectué la liquidación del reajuste de los aportes a pensión que corresponden al tiempo en que se recibieron las bonificaciones, teniendo en cuenta la incidencia en el salario mensual de las sumas percibidas, con los intereses moratorios, lo que pondrá en conocimiento del empleador, quien procederá a su cancelación dentro de

los 30 días siguientes, y una vez recibido tal valor a entera satisfacción, la administradora de pensiones procederá a efectuar los ajustes que correspondan en la historia laboral de la actora.

**3.- Absolver a Global Securities S.A. Comisionista de Bolsa,** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**4.- Declarar parcialmente configurada la excepción de prescripción.**

**5.- Costas** en ambas instancias a cargo de la sociedad demandada y a favor de la demandante. En esta se fijan agencies en derecho en la suma de **\$877.803,00.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el Decreto 806 de 2020.

**Los magistrados** (firmas escaneadas)

  
**LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL**  
Magistrada

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado

**Certifico:** Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 139** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **24 de septiembre de 2020**

\_\_\_\_\_  
Secretario