GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

Magistrados Ponentes

SL5474-2019

Radicación n.° 54657

Acta 004

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por **MARTHA LUCÍA KWAN PÁEZ** y **AXEDE S.A.,** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 30 de agosto de 2011, dentro del proceso ordinario que la primera promovió contra la sociedad mencionada.

I. ANTECEDENTES

La señora Martha Lucía Kwan Páez demandó a Axede S.A. en procura de que se declarara que entre ellas existió un contrato de trabajo a término indefinido del 17 de julio de 1989 al 30 de julio de 2007, que finalizó la compañía de forma unilateral y sin justa causa; que se reputaran inválidos los acuerdos de exclusión salarial; que la liquidación de las acreencias laborales no tuvo en cuenta el salario real, y que le adeudaban las primas extralegales de servicios y las comisiones por ventas y arriendos de equipos y servicios. En consecuencia, pidió que se condenara al pago de las referidas comisiones, la reliquidación del auxilio de cesantías por todo el tiempo de labores, las primas de servicio del primer y segundo semestre de 2007, los intereses a la cesantía y las vacaciones; el pago de la *«[…] prima extralegal de servicios»* del cuarto trimestre de 2006, las indemnizaciones por despido injusto, la moratoria del artículo 65 del CST y la indexación.

En la demanda y posterior reforma, la accionante afirmó que trabajó para Alcatel de Colombia S.A., hoy Axede S.A., hasta el 30 de julio de 2007, mediante contrato de trabajo que esta terminó de forma unilateral y sin justa causa, sin llamarla a descargos y con violación de su derecho de defensa; que su último cargo fue el de gerente de cuenta, en el que no tenía funciones de atención a clientes, no le hicieron llamados de atención y la premiaron por su desempeño, así: $2.400.000 en el primer trimestre de 2006, y $5.700.000 por los tres trimestres restantes, $2.520.000

en el primer trimestre de 2007, y $5.985.000 para el segundo trimestre de ese año.

Indicó que se pactó como salario una suma fija y otra variable, que comprendía comisiones por ventas y arriendos de equipos y servicios, no tenidas en cuenta para liquidar las prestaciones sociales al finalizar el contrato y cuya forma de pago fue pactada en varios otrosíes, de los cuales fue desconocido el de abril de 2002, que consignó la última modificación. Aseguró que, como se opuso a la propuesta de variar las condiciones del contrato, sufrió persecución laboral por parte de la empresa; que le adeudan la *«[…] prima extralegal de salarios»* del cuarto trimestre de 2006, por $5.700.000, y que los negocios correspondientes a las órdenes de venta OB-14640 y OB14666, pese a ser anuladas por la accionada, se materializaron en los contratos AB-0023 y AB-0022, respectivamente, y que la OB-14644, al igual que la OB-14666, correspondían a un servicio de instalación y no de venta de equipos, y que en enero y junio de 2007 vendió servicios a los clientes CEMEX S.A., aproximadamente por $727.512.332, también a Distribuidora Nissan S.A. por $52.700.000, y $16.741.000 a ASEGRASAS S.A.

La demandada se opuso a lo pretendido. En cuanto a los hechos, aceptó el contrato, su modalidad, los extremos de la relación y el último cargo ejercido. Negó ejercer persecución laboral contra la demandante, así como el impago de salarios, prestaciones, de la prima extralegal de servicios del cuarto trimestre de 2006 y de las comisiones. Sobre estas últimas precisó que fueron pagadas conforme a los dineros ingresados efectivamente a la caja de la

compañía, es decir *«[…] por recaudo de cada instalamento o canon de arrendamiento»*, sin que haya lugar a crear obligaciones sobre cánones futuros o por ingresos no producidos, pues ello sería darle un trato irredimible e inextinguible a la relación laboral. Agregó que el contrato de trabajo terminó con justa causa motivada en las faltas de la actora a sus obligaciones laborales, descritas en la carta del 30 de julio de 2007; que no era cierto que la trabajadora nunca recibió llamados de atención, pues su jefe inmediato los efectuaba de forma verbal, y que no tenía la obligación de realizar descargos.

Dijo que acordó por escrito que los pagos destacados por la actora no eran constitutivos de salario, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, entre los cuales estaba la prima extralegal; que la orden OB-14640 fue anulada, por lo que negó haberse realizado el negocio respectivo, y que la actora recibió la respectiva comisión en la nómina de julio de 2006 por la generada por el contrato AB-00023, así como por la OB-14644 y la OB-14666, que sustituyó a la anulada OB-14652.

Presentó las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de junio del 2010, absolvió de lo pedido.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver la apelación presentada por la demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia del 30 de agosto de 2011, revocó la de primer nivel y en su lugar condenó a la accionada al pago de $306.335.423 por indemnización por despido sin justa causa, y su indexación. Confirmó en lo demás.

El Tribunal identificó tres temáticas, la primera de ellas atinente a las comisiones alegadas. Al respecto advirtió que el otrosí anexado al contrato de trabajo no fue suscrito por la extrabajadora, por lo que no podía tenerse como prueba de las reglas acordadas por las partes, pues por ser tal pacto eminentemente consensual, requiere el acuerdo mutuo. Sin embargo, observó que en la última modificación realizada al contrato, es decir la del 2 de abril de 2002, visible a folio 765 y 766, se pactó la forma de remuneración de las comisiones, así: *«Forma de pago: El salario variable de los gerentes de cuenta del área comercial se continuará causando sobre margen real de venta»*, lo que en criterio del juzgador, *«[…] necesariamente se refiere al acuerdo anterior, pues continuar es prolongar o seguir lo comenzado, y fue justamente en esa modificación celebrada del 1º de julio del 2001, visible a folio 36, en donde se estipula como forma de liquidación el margen, se repite, real de venta y recaudo».* Luego añadió:

> *Pero aún si desechamos ese acuerdo es claro para la Sala que el margen real de una venta implica el pago y por supuesto entonces el recaudo, en otras palabras, el margen real es lo que neto obtiene la compañía y por ende sobre lo que debe liquidarse una comisión, y esta es una forma de retribución normal y ampliamente conocida por los que así se desempeñan, siendo claro que la demandante lo*

> *había aceptado en las estipulaciones anteriores y durante todo el contrato. Entonces, no podía la compañía liquidar y pagar unas comisiones sin conocer el margen real, la ganancia neta, o sin que en últimas en verdad se realizara el negocio.*

Luego elucidó si el pacto celebrado entre las partes en cuanto a la naturaleza salarial de una prima extralegal se adecuaba o no a las previsiones del artículo 128 del CST, modificada por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. De esta disposición dijo que tuvo por objetivo *«[…] hacer posible el pago de beneficios extralegales, sin temor a que por su naturaleza salarial se convirtieran en un factor que sin duda elevaría su carga prestacional»*. Bajo esta perspectiva, consideró:

> *No se discute entonces que una prima como la concedida a la actora retribuye el servicio, como tampoco puede olvidarse que surge de la voluntad del empleador, de ahí su naturaleza extralegal, y para incentivar a los empresarios a concederlos, se repite, fue que se consagró la posibilidad de no tenerla como un factor salarial […].*

Señaló que pese a la confusión que generaba la redacción de la norma, el artículo se refería a todo aquello que habitual u ocasional, y de naturaleza extralegal concediera el empleador, y aclaró que, aunque ningún pacto puede contrariar la naturaleza del salario, dado que este está plenamente definido en la ley y nadie puede desnaturalizarlo, *«[…] sí se puede válidamente excluir una prestación de esta naturaleza para efecto de liquidación»*, a pesar de que remunerara o retribuyera el servicio, aserto que apoyó en las sentencias de esta Corte, CSJ SL, 1 nov. 2000 (sin radicado) y CSJ SL35154, 20 oct. 2009, por lo que confirmó este punto.

Por último, acerca del despido destacó que en la demanda la trabajadora indicó que nunca fue escuchada en descargos, lo que era importante pues, partiendo de que no existía acuerdo o reglamento sobre un proceso disciplinario previo al despido, era entonces relevante lo estipulado en el título cuarto, capítulo I del CST, que en lo tocante al reglamento de trabajo y mantenimiento del orden en los establecimientos, señala un procedimiento para imponer sanciones, y efectivamente consagra una obligación en cabeza del empleador de escuchar en descargos al trabajador y en presencia de dos representantes del sindicato. Ahora, no pasó por alto que esta Corte de vieja data ha considerado que el despido no es una sanción, solo que no se podía romper el contrato invocando una justa causa sin seguir procedimiento alguno, pensamiento que apoyó en la sentencia C-299/98, ampliada en la decisión T-546/00, que señaló que el trabajador podía ejercer su derecho de defensa antes de que le terminaran el contrato, y en consecuencia el empleador estaba obligado a darle esa oportunidad, más aún en este caso en el que las acusaciones ni siquiera provenían de las partes involucradas en el contrato, sino de terceros, pues advirtió que fueron los clientes quienes solicitaron el cambio de la accionante por su presunta desatención y falta de celeridad. Sobre esto indicó:

> *Vale insistir en que no era necesaria ni la diligencia escrita de cargos y descargos catalogada como tal, ni que estuvieran los miembros del sindicato, solo la posibilidad de defenderse, la que evidentemente no tuvo en cuenta la parte demandada. Y es que definitivamente para esta Colegiatura, más allá del nombre dado a las diligencias de cargos y descargos, o versiones libres, o interrogatorios, etc., lo importante es que el trabajador pueda explicar o justificar su conducta, sus omisiones, o las faltas que la empresa le atribuye. Se repite, más en este caso en el que la*

demandada toma la decisión basada en sugerencias o peticiones de clientes que dicho sea de paso tampoco pueden soportar en hechos reales. Un despido así realizado se torna ilegal y por tanto debe ser reparado.

Pero además tampoco la demandada […] realizó una investigación alguna para corroborar que la demandante incumplía sus funciones, independiente de si estas habían sido o no asignadas. Simplemente dio por cierto lo que terceros indicaran, sin que además esas acusaciones fueren específicas, es más, sin que de hecho existieran, pues solo se solicitaba mayor agilidad, lo que no necesariamente implica que no exista, sino que se requiere un nivel más alto o elevado en ella. No otra cosa podría desprenderse de la comunicación realizada por CEMEX COLOMBIA, visible a folio 794, en donde textualmente se lee: "De acuerdo con nuestra conversación de hoy, con el fin de contar con un servicio más ágil y acorde con nuestro ritmo de trabajo, de manera atenta les solicitamos asignarnos un ejecutivo de cuenta diferente". La empresa requería un servicio más acorde a su ritmo, eso es lo único que allí se desprende. Un servicio que entre otras cosas, jamás se le solicitó a la ejecutiva, ni nunca se supo cuál era el ritmo inicial, quien de haberlo conocido posiblemente habría podido tan siquiera pronunciarse.

De otra parte, se pregunta la Sala: ¿a qué conversación se refiere?; ¿por qué la demandante no pudo intervenir en algo en lo que se encontraba involucrada? Nunca pudo saber el motivo de la agilidad elevada que requería la empresa. Tampoco acusaciones como la realizada mediante correo electrónico por la empresa TEAM tienen consistencia: ¿Que la demandante no entendía los requerimientos?, ¿cuáles?; ¿cuándo los hicieron y en qué circunstancias?; ¿que hay falta de compromiso en la cuenta? [initelegible] Apreciaciones generales carentes de respaldo y sobre todo sin verificación alguna de la empresa […].

Por lo anterior, revocó la decisión del *a quo* y condenó a la demanda en los términos descritos.

IV. RECURSOS DE CASACIÓN

Interpuestos por las partes, concedidos por el Tribunal y admitidos por la Corte, procede la Sala a resolverlos en el orden presentado.

Recurso de casación de la parte demandante

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Lo trazó así:

> *Pretendo con la presente demanda la casación parcial de la sentencia de segunda instancia en cuanto absolvió a la sociedad AXEDE S.A. […] de pagar a la demandante las comisiones por ella devengadas por concepto de ventas y arriendo de equipos y servicios de equipos […] y de su respectiva incidencia en la cesantía de todo el tiempo servido, en los intereses sobre cesantía, en la prima de servicios del primer y segundo semestre de 2007, en la indemnización por despido injusto y en las vacaciones; y en cuanto la absolvió de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST. […] en cuanto declaró válido el pacto de exclusión salarial sobre las denominadas […] "primas extralegales de servicios" canceladas a mi mandante durante todo el año 2006 referente a pagos habituales hechos por la demandada a la demandante como consecuencia de los resultados obtenidos en cada trimestre del año 2006, y que se infirme también en cuanto no dedujo su respectiva incidencia en la cesantía de todo el tiempo servido, en los intereses sobre cesantía, en la prima de servicios del primer y segundo semestre de 2007, en la indemnización por despido injusto y en las vacaciones; así como en cuanto absolvió del pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.*

En instancia pidió que se revocara la del *a quo* y, en su lugar, se declarara que *«[…] el pago de las comisiones es sobre el margen real de venta y no sobre el margen real de venta y recaudo»*, y en consecuencia:

> *[…] se revoque la absolución del a quo respecto de la pretensión de pago de las comisiones por ventas y arriendo de equipos y servicios de equipos relacionadas en el libelo demandatorio, y de su correspondiente reliquidación en la cesantía de todo el tiempo servido, en los intereses sobre cesantía, en la prima de servicios del primer y segundo semestre de 2007, en la indemnización por despido injusto y en las vacaciones, y se condene por estos conceptos; se declare inválido el pacto de exclusión salarial sobre las mal denominadas "primas extralegales de servicio" canceladas por pagos habituales hechos por la demandada a la demandante como consecuencia de los resultados obtenidos en cada trimestre del año 2006; se revoque la absolución respecto de la correspondiente reliquidación de estos rubros en la cesantía de todo el tiempo servido, en los intereses sobre cesantía, en la prima*

de servicios del primer y segundo semestre de 2007, en la indemnización por despido injusto y en las vacaciones; se condene a tal reliquidación teniendo en cuenta la naturaleza salarial de estos rubros; se revoque la absolución respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, y se condene por tal concepto; y se provea en costas como en derecho corresponda.

Con tal propósito formuló tres cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados y se estudiarán conjuntamente el segundo y el tercero, dado que denuncian similar elenco normativo, consignan idéntico propósito y su argumentación se complementa.

VI. CARGO PRIMERO

Acusó por la vía indirecta, la aplicación indebida de los artículos 27, 127 y 132 del CST, 6 y 99 de la Ley 50 de 1990, en relación con los preceptos 1º, 13, 28, 55, 57, 59, 65, 149, 186, 189, 192, 249, 250 y 306 del CST, 17 del Decreto 2351 de 1965, 14, 15 y 18 de la Ley 50 de 1990, 1º de la Ley 52 de 1975, 1º del Decreto 116 de 1976, 16 de la Ley 446 de 1998, 1500, 1502, 1602 y 1618 del CC.

Le atribuyó al Tribunal los siguientes errores de hecho:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que al expresarse en la primera estipulación del otrosí el 1º de abril de 2002 que la forma de pago de las comisiones se continuaría causando sobre el margen real de venta, necesariamente las partes se referían al acuerdo anterior en el que la forma de pago de las comisiones era sobre el margen real de venta y de recaudo.

2. No dar por demostrado, estándolo, que cuando se utilizaron los términos "se continuará causando" se trataba únicamente del margen real de venta y no al recaudo.

3. No dar por demostrado, estándolo, que expresamente las partes modificaron lo pactado el primero de junio de 2001.

4. No dar por demostrado, estándolo, que en la última modificación realizada por las partes a la forma de pago de comisiones, se excluyó lo referente al "recaudo", por lo tanto la forma de pago de

las comisiones se continuaría causando solamente sobre el margen real de venta.

5. No dar por demostrado, estándolo, que la cláusula cuarta del otrosí del 1º de junio de 2001, sólo tuvo vigencia hasta cuando fue modificada por el acuerdo de las partes del 1º de abril de 2002.

6. No dar por demostrado, estándolo, que si la empresa pretendía mantener las condiciones de pago del salario variable de los gerentes de cuenta sobre el margen real de venta y sobre el recaudo, no habría suscrito otro sí modificatorio el 1º de abril de 2002 que lo sujetó solamente al margen real de venta.

7. Dar por demostrado, sin estarlo, que las partes pactaron que "el margen real de una venta implica el pago y por supuesto entonces el recaudo, en otras palabras, el margen real es lo neto que obtiene la compañía".

8. No dar por demostrado, estándolo, que el modelo de liquidación contenido en el cuadro anexo n.º 1 se refiere a la venta como el negocio jurídico que el gerente de cuenta realiza con el cliente.

9. No dar por demostrado, estándolo, que el modelo de liquidación contenido en el cuadro anexo n.º 1 hace alusión al "margen" como el rango de cumplimiento en (U$D) (sic) *el cual iba desde 0 hasta más de $473.025.10.*

10. Dar por demostrado, sin estarlo, que "no podía la compañía liquidar y pagar unas comisiones sin conocer el margen real, la ganancia neta sin que en últimas se realizara el negocio".

11. No dar por demostrado, estándolo, que según lo pactado entre las partes, para liquidar las comisiones se tomaba la cuota inicial efectivamente recibida por la empresa demandada y se le aplicaba un margen teórico equivalente al 26.5%. Posteriormente se liquidaba el valor de la comisión de conformidad con el cuadro anexo n.º 1, el cual formaba parte integrante de la modificación de la cláusula adicional. Una vez facturado el cliente y conocido el margen real se liquidaba el total de la comisión sobre el negocio y se descontaba el valor de la cuota inicial.

12. No dar por demostrado, estándolo, que cuando no había pago de la cuota inicial se liquidaba el total de la comisión sobre el valor del margen del respectivo negocio.

13. No dar por demostrado, estándolo, que para calcular la comisión se tenía que desglosar el valor del margen real del negocio y se debía enmarcar dentro de los márgenes de cumplimiento establecidos por la compañía para así poder aplicar el porcentaje de la comisión.

14. No dar por demostrado, estándolo, que en el cuadro anexo n.º 1 se indicó que "El ejemplo expuesto refleja la metodología de liquidación de comisiones...".

15. No dar por demostrado, estándolo, que en el cuadro anexo n.º 1 se indicó que "Las órdenes se convertirán a dólares a la TRM

vigente en las fechas de cada factura asociada a la orden en cuestión" para efectos de liquidar y pagar la comisión.

16. No dar por demostrado, estándolo, que una vez se conociera el valor del negocio realizado por el gerente de cuenta y el margen, la orden se convertiría en dólares a TRM vigente y se aplicaría el porcentaje de comisión previsto de conformidad con el rango de cumplimiento en USD.

17. No dar por demostrado, estándolo, que las simples órdenes de venta, de arriendo y de servicios que reposan a folios 92 a 681, inapreciadas por el Tribunal, y de las cuales se lucró la compañía, dan derecho a que mi mandante percibiera unas comisiones que aún no se le han pagado.

Dijo que lo anterior provino de apreciar erróneamente los otrosíes del 1º de junio de 2001 (f.º 763 y 764), 1º de abril de 2002 (f.º 765 y 766) y 1º de enero de 2006 (f.º 768 a 784), y por no valorar el cuadro anexo n.º (f.º 40 y 767) y las órdenes de venta, de arriendo y de servicios (f.º 92 a 681).

Para demostrar el cargo, sostuvo que el Tribunal cometió un error garrafal pues, si bien, consultó los otrosíes del 1º de junio de 2001 y 1º de abril de 2002, no advirtió que en la última modificación se excluyeron las palabras *«[…] y sobre recaudo»*, que habían quedado expresamente estipuladas en el del 2001. Con esto, asegura, las partes pretendieron que las comisiones se causaran únicamente con el margen real de venta, y esto es lo que debía comprender los vocablos *«[…] se continuará causando».* De lo contrario, el nuevo pacto no tendría justificación, por lo que el Juez Plural le otorgó una valoración extensiva al documento.

Afirmó que aun cuando se advirtió que el otrosí del 2006 no tenía validez por carecer de firma, lo cierto es que el Juez de apelaciones tomó de este documento la definición de margen real de venta, pues la entendió como *«[…] el valor*

consolidado correspondiente a cada negocio una vez concluido y efectivamente recaudado», lo cual no quedó plasmado en el 2002. Destacó que, precisamente por lo dicho se negó a firmar el documento del 2006, pues con él la demandada pretendió modificar las condiciones previamente acordadas y esto en últimas motivó su despido. Subrayó que este otrosí -2006-, de todos modos y pese a no estar suscrito, aquella lo allegó al plenario con el fin de negar la repercusión salarial, prestacional e indemnizatoria que conlleva el pago de comisiones, lo cual denota su mala fe.

Señaló que no era cierto que el margen real de venta implicara el pago y el recaudo; tampoco que *«[…] no podía la Compañía liquidar y pagar unas comisiones sin conocer el margen real, la ganancia neta sin que en últimas se realizara el negocio»*, pues el cuadro anexo n.º 1 establecía que la comisión se cuantificaría de acuerdo al *«[…] cumplimiento en Gross de la cuota anual en dólares»*, así:

Cuota Anual en Gross (U$D)	**Cumplimiento (U$D)**	**Cumplimiento (%)**	**% de comisión a que tiene derecho**
473.025.oo	0-189.210.oo	0% - 40%	7%
	189.210.10 – 283.815.oo	40% - 60%	8%
	283.815.10 – 473.025.oo	60% - 100%	11%
	473.025.10 – o superior	100% - o superior	14%

Tal probanza, en su criterio, indicaba que ese modelo de liquidación *«[…] será aplicable a las ventas efectuadas. Las órdenes se convertirán a dólares a la TRM vigente en las fechas de cada factura asociada a la orden en cuestión»*. A

más de esto, *«[…] refiere a la venta como el negocio jurídico que el gerente de cuenta realiza con el cliente y hace alusión al "margen" como el rango de cumplimiento en (U$D) el cual iba desde 0 hasta más de 473.025. 10»*. Así pues:

> *[…] para determinar el valor de la comisión […] por una venta donde el margen del negocio fuera de U$284.000 era necesario que ese valor fuera desglosado de la siguiente manera:*
>
> *1. Un 7% de comisión sobre USD 189.210 que equivale a USD 13.244*
>
> *2. Un 8% de comisión sobre USD 94.605 (la diferencia entre USD 283.815 y USD 189.210), equivale a USD 7.568,40*
>
> *3. Y un 11% de comisión sobre USD 185 (la diferencia entre USD284.000 y USD 283.815) equivalente a USD 20.35*
>
> *En total el valor de la comisión en dólares a recibir es de USD 20.832,75.*

De manera que, continuó la censura:

> *(i) Solo se necesitaba conocer el valor del negocio y el margen para poder calcular el monto de la comisión; (ii) el margen era un rango de cumplimiento en dólares que podía ir desde 0 hasta más de 473.025.10 y (iii) para calcular la comisión se tenía que desglosar el valor del margen del negocio y se debía enmarcar dentro de los márgenes de cumplimiento establecidos por la compañía […].*

Coligió entonces que a partir del 2002 *«[…] no era necesario que se efectuara ningún recaudo para liquidar las comisiones […] para efectos de tener derecho a la retribución fruto de su esfuerzo personal y de las ventas realizadas»*, de manera que las órdenes de venta, de arriendo y de servicios que militaban en el plenario, *«[…] las cuales se produjeron dentro de la vigencia de la relación contractual»*, le conferían el derecho a comisiones, y terminó exponiendo lo que llamó consideraciones de instancia, en la que detalló las órdenes de venta y arriendo de equipos impagas total o parcialmente.

VII. RÉPLICA

La demandada indicó que en las pretensiones iniciales no se pidió la invalidez del pacto de exclusión salarial, por lo que no es dable proponerla en el alcance de la impugnación, pues ello contraría la técnica del recurso, sin que sean admisibles las analogías, ni *«[…] interpretar la demanda de instancia»*. Estimó que los errores planteados no son evidentes, sino *«[…] una confrontación de opiniones»*, dado que lo concluido por el Tribunal del análisis de la documental denunciada fue razonable, sin que le corresponda a la Corte controvertir ese libre ejercicio interpretativo amparado por el artículo 61 del CPTSS, conforme se dijo en las sentencias CSJ SL37064, 10 mar. 2010 y CSJ SL16056, 23 ago. 2001.

VIII. CONSIDERACIONES

No se acepta la observación crítica que hace la réplica, pues desde el inicio la actora pidió que se declarara que le reconocieron *«[…] sumas de dinero fuera del salario, mediante las cuales se remuneraba la productividad»*, y que los acuerdos por los cuales estas se pagaban *«[…] no son válidos comoquiera que son violatorios de la ley laboral»*, de manera que en este aspecto no se observa inconsistencia entre el *petitum* de la demanda y el alcance de la impugnación.

Precisado lo anterior y antes de iniciar el análisis pertinente, es importante recordar que de conformidad con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, el error que es capaz de derruir la presunción de legalidad y acierto de una sentencia, es el que aparezca protuberante, notorio y manifiesto en los

autos, es decir que no requiera de mayores disquisiciones para colegir que el Tribunal no advirtió lo que a todas luces decía la prueba, o le hizo informar algo que ella no dimanaba, debiendo determinar el recurrente, en forma clara, lo que en verdad acredita y su incidencia en la equivocada decisión judicial.

Para darle orden a la exposición, es necesario recordar que el Tribunal, en esencia, confirmó la negativa del reajuste salarial y prestacional por las dos siguientes razones: **i)** tras advertir que las partes pactaron en el otrosí del 1º de abril de 2002 que las comisiones se continuarían causando por margen real de venta y recaudo. Esa conclusión la fundó en que el citado acuerdo configuraba la continuidad de las condiciones contractuales-salariales que venían rigiendo conforme a la cláusula adicional celebrada el 1º de junio de 2001, que aludía concretamente al recaudo; **ii)** con todo, apuntó que aún ignorando aquellas modificaciones, el recaudo de cualquier manera era necesario para establecer la *ganancia neta* del negocio, sobre lo cual se liquidaban las comisiones. Así, el concepto de margen real de venta debía entenderse como *«[…] lo que neto obtiene la compañía»*, y esto *«[…] implica el pago y por supuesto entonces el recaudo».*

La recurrente cuestiona esas premisas desde el punto de vista fáctico, según los argumentos ya reseñados.

Pues bien, a efectos de determinar si se cometieron los desaguisados que se endilgan, en primer lugar se impone estudiar las cláusulas del 2001 y 2002, para lo cual la Sala juzga conveniente transcribirlas:

Otrosí del 1º de junio de 2001

PRIMERA. OBJETO: *El presente OTRO SI a la cláusula adicional del contrato individual de trabajo tiene por objeto establecer el nuevo concepto acordado por las partes para pagar el salario variable.*

SEGUNDA. FORMA DE PAGO: *El salario variable de los Gerentes de Cuenta se continuará causando sobre el margen real de la venta y sobre recaudo de acuerdo con las especificaciones incluidas en la cláusula adicional al contrato de trabajo. Además de estos conceptos, para efectos de la liquidación de comisiones a que tienen los Gerente de Cuenta* (sic)*, se fija un término de 3 días hábiles contados a partir del momento en que se legaliza el Orden Input, para que el empleado realice la entrega oficial de la documentación del proyecto según el procedimiento de la Norma ISO 9.002 al área de servicios y en los casos donde aplique programe la reunión oficial de entrega del mismo. So pena, de perder un punto (1) del porcentaje de la comisión del proyecto por entrega extemporánea del mismo, según los registros destinados para tal fin.*

Se entiende que Order Input legalizada solamente se da cuando está probada la Orden de Venta ingresada al Sistema Uno por parte de la Gerencia Financiera. Para que se apruebe una orden se deben cumplir los siguientes requisitos:

- *Debe haber un contrato debidamente legalizado (En su defecto debe haber una orden de compra).*
- *El anticipo del contrato debe estar cancelado por parte del cliente.*
- *Las pólizas de seguro respectivas deben estar emitidas.*
- *El formato de desviación de pagos (si lo hay) debe estar diligenciado y aprobado.*
- *Debe haber un estudio de crédito para nuevos clientes.*

TERCERA: PERIODICIDAD: *Periódicamente LA COMPAÑÍA podrá establecer los conceptos por los cuales pagará salario variable a EL EMPLEADO. Estos conceptos se establecen en función de los objetivos generales de la Compañía y los particulares del área comercial a la que pertenece EL EMPLEADO.*

Otrosí del 1º de abril de 2002

FORMA DE PAGO: *El salario variable de los Gerentes de Cuenta del área comercial se continuará causando sobre el margen real de venta (Sales Margin) que equivale a: Sales Margin = Stándar* (sic) *Margin (ya definido por la Compañía) menos (-) la reserva de Garantía.*

Con el ingreso al Order Input (previo cumplimiento de los requisitos exigidos para que la orden de venta esté debidamente legalizada),

se calcula la comisión bajo el siguiente procedimiento: Se toma la cuota inicial efectivamente recibida por Alcatel e-Business Distribution S.A. y aplicada a un margen teórico equivalente al 26.5%. Posteriormente se liquida el valor de la comisión de conformidad con el cuadro anexo n.º 1, el cual forma parte integrante de esta modificación a la cláusula adicional.

Una vez facturado al cliente y conocido el margen real se liquidará el total de la comisión sobre el negocio y se descontará el valor de la cuota inicial, en caso de que existiere.

Así mismo para efectos de la liquidación de la comisión a que se refiere el cuadro anexo n.º 1, se tiene en cuenta el siguiente procedimiento:

1. Se fija un término de 2 días hábiles contados a partir del momento en que el gerente de cuenta recibe el contrato u orden de compra por parte del cliente para que ingrese la orden de trabajo al sistema.

2. Una vez el jefe de contabilidad ha aprobado y legalizado la order input se fija un término de 1 día hábil para que el empleado realice la entrega oficial de la documentación del proyecto según el procedimiento de la Norma ISO 9002 al área de servicios, so pena de perder un punto (1) del porcentaje de comisión del proyecto por extemporaneidad del ingreso al sistema de la orden y/o de la entrega del proyecto, según los registros destinados para tal fin.

- *Se entiende que Order Input legalizada solamente se da cuando la Orden de Venta esta* (sic) *debidamente ingresada al Sistema Uno y aprobada por parte del área financiera. Para que se apruebe una orden se deben cumplir los siguientes requisitos:*
  - *Debe haber un contrato debidamente legalizado (En su defecto debe haber una orden de compra).*
  - *El anticipo del contrato debe estar cancelado por parte del cliente.*
  - *Las pólizas de seguro respectivas deben estar emitidas.*
  - *El formato de desviación de pagos (si lo hay) debe estar diligenciado y aprobado.*
  - *Debe haber un estudio de crédito para nuevos clientes.*
- *Se entiende que la entrega oficial de proyectos menores a USD 10.000k al área de servicios debe incluir los siguientes documentos:*
  - *Contrato u orden de compra*
  - *Orden de trabajo*
  - *Topología de la solución*
  - *Oferta comercial*
  - *Hoja de proyecto*
  - *Tipo de garantía*

- *P&G*

- *Se entiende que la entrega oficial de proyectos mayores a USD 10.000k al área de servicios debe incluir los siguientes documentos:*
  - *-Contrato u orden de compra*
  - *Orden de trabajo*
  - *Topología de la solución*
  - *Oferta comercial*
  - *Hoja de proyecto*
  - *Tipo de garantía*
  - *P&G*
  - *Cronograma del proyecto*
  - *Licitación o invitación*
  - *Pólizas*

Es importante resaltar que esta Corte, en reciente sentencia CSJ SL5159-2018, sobre la interpretación de los acuerdos suscritos entre los sujetos de una relación de trabajo, puntualizó:

> *No hay que olvidar que los acuerdos y contratos suscritos entre los sujetos de la relación de trabajo, deben analizarse a la luz de elementos pragmáticos-contextuales que permitan desentrañar la intención de las partes. Por este motivo, para descifrar adecuadamente sus intenciones y propósitos es imprescindible el contexto, así como los sobreentendidos, presuposiciones e inferencias razonables que dan por sentadas las partes al emitir los actos jurídicos.*

A juicio de la Sala, el otrosí de 2002, cuya vigencia al momento de fenecer la relación laboral las partes no discuten, señala de manera objetiva que el margen real de venta corresponde al *Standard Margin* ya definido por la compañía, menos la *«[…] reserva de garantía»*. Esto es distinto, entonces, al margen real de un negocio efectuado por la gerente de cuenta, que para ser concretado, según el documento, era necesario que el cliente le entregara a aquella un contrato u orden de venta, que debía quedar legalizado en

los términos previstos en el pacto. Al respecto, de forma textual el acuerdo indica que ello –*order input legalizada*– ocurría únicamente cuando la orden se ingresara debidamente al sistema y fuese aprobada por el área financiera. A su vez, para que se impartiera esta aprobación se requería, entre otros actos, el anticipo del contrato cancelado por el cliente y, tras esto, el gerente de cuenta debía efectuar la entrega oficial de la documentación del proyecto, igualmente con sujeción a los requisitos que describen el otrosí de conformidad con la cuantía del negocio.

Esto significa que la genuina intención de los contratantes consistió en que, para determinar el margen real de una venta, además de los trámites de legalización de la orden de venta o el contrato, era inexorable el pago del anticipo pactado con el cliente o la cuota inicial del negocio, si así fuese acordado, y solo a partir de ello y en cumplimiento de los otros presupuestos ya destacados, era que se podía calcular la comisión correspondiente según las escalas y porcentajes plasmados en el otrosí y el cuadro anexo n.º 1. Así se lee textualmente del primer documento: *Con el ingreso al Order Input (previo cumplimiento de los requisitos exigidos para que la orden de venta esté debidamente legalizada), se calcula la comisión bajo el siguiente procedimiento: Se toma la cuota inicial efectivamente recibida por Alcatel»* (subraya la Sala).

Además, toda vez que es posible que no se pactase cuota inicial o anticipo con el cliente, las partes también previeron que en ese escenario el margen real de la venta estuviese precedido de la legalización de la orden de venta y demás

presupuestos ya mencionados, entre ellos que el cliente quedase *facturado,* conforme se lee en el otrosí y no puede entenderse de forma distinta a la emisión de la factura una vez se recaudara la venta, tras lo cual era dable liquidar la comisión.

Es decir que en ambas situaciones era necesario el recaudo, y nada distinto se aprecia del cuadro anexo al otrosí objeto de estudio, denunciado por la censura, pues allí se estableció que *«El ejemplo expuesto anteriormente refleja la metodología de liquidación de comisiones que será aplicable a las ventas efectuadas»* (destaca la Sala), lo que no puede mirarse de forma aislada sino en el contexto en el que fue suscrito, el cual impone sobreentender que el término *ventas efectuadas* hacía referencia a las legalizadas y facturadas, y esto presupone –aunque no esté textualmente escrito– su recaudo, según se ha explicado.

De manera que, aun cuando fue poco preciso afirmar que *«[…] el margen real es lo que neto obtiene la compañía»*, pues se reitera que tal concepto podía definirse con el pago de un anticipo, en todo caso no se exhibe ostensiblemente equivocado haber concluido de la referida documental que, si bien, la palabra recaudo no aparecía textual en el otrosí del 2002, la liquidación de comisiones continuó sujeta al margen real de una venta y al recaudo total o parcial de la misma, y que era sobre esto que se liquidaba la comisión.

Y no es válido argumentar que la suscripción del otrosí del 2002 estaba justificada en la supresión de aquella palabra –recaudo–, pues además de que tal afirmación

desconoce todo lo expuesto, a eso habría que añadir que al compararse los otrosíes del 2001 y 2002 atrás transcritos, se observa que en este último se detalló la forma en que debían calcularse las comisiones cuando existiese o no cuota inicial, y las escalas y porcentajes de pago, que no quedaron establecidos en el anterior, sumado a lo estipulado en el cuadro anexo que precisó la metodología de liquidación de comisiones aplicable a las ventas efectuadas.

No sobra anotar que lo hasta ahora dilucidado descarta que el Tribunal haya derivado su pensamiento del otrosí del 1° de enero de 2006, prueba a la que, por lo demás, expresamente le restó eficacia probatoria por no estar firmado por la trabajadora.

En el anterior orden de ideas, es dable colegir que la recurrente no logró derruir uno de los juicios fácticos del Tribunal, conforme al cual la empresa demandada no podía liquidar y pagar las comisiones sin el margen real de la venta realizada y el recaudo. Comoquiera que este fue el respaldo de la sentencia confutada, y que el objetivo de la censura fue argumentar todo lo contrario –que las comisiones podían calcularse sin el recaudo correspondiente–, sin lograr victoria en su acusación, la decisión en consecuencia debe quedar intacta.

Ahora bien, no pasa inadvertido para la Sala que, en sentir de la recurrente, las órdenes de venta y arriendo de equipos y servicios causaban por sí mismo el derecho a comisiones por cuanto *«[…] se produjeron dentro de la vigencia de la relación contractual»* y son *«[…] fruto de su*

esfuerzo personal y de las ventas realizadas». Empero, ese ataque tampoco tiene cabida, pues tales probanzas no aparecen examinadas en el fallo confutado, y tiene dicho la Corte que si no hay razonamiento sobre el punto que se reprocha, lógicamente no es viable edificar un yerro fáctico (CSJ SL16497-2016). De todos modos, es menester destacar que la censura parte de una premisa equivocada, pues insiste en que contractualmente se pactó el pago de comisiones sobre ventas sin recaudo, lo cual no fue así, como quedó esbozado. Solo en esa lógica aparece consecuente el proceder del Tribunal, que en en ese estado de cosas se enfocó en resolver que, contrario a la tesis expuesta por la demandante, para darle curso a tales acreencias era necesario el recaudo.

Cuestión distinta es postular que se tenga derecho a comisiones en el hipotético caso de que el recaudo se hubiese realizado con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, con las consecuencias jurídicas que ello acarrea para las cláusulas contractuales acordadas, pero este debate jurídico no fue propuesto por la vía adecuada, sin que pueda abordarlo la Corte de oficio, dado el carácter dispositivo, rogado y técnico del recurso extraordinario de casación (CSJ SL410-2013).

Por lo visto, no prospera el cargo.

IX. CARGO SEGUNDO

Por la vía directa, denunció la interpretación errónea de los artículos 27, 43, 127, 128 y 132 del CST, y 6 de la Ley 50

de 1990, *«[…] lo que llevó a infringir directamente»* los preceptos 1°, 13, 28, 55, 57, 59, 65, 149, 186, 189, 192, 249, 250 y 306 del CST; 17 del Decreto 2351 de 1965, 14, 15, 18 y 99 de la Ley 50 de 1990, 1° de la Ley 52 de 1975, 1° del Decreto 116 de 1976, 16 de la Ley 446 de 1998, 1500, 1502, 1602 y 1618 del CC.

Estimó que el Tribunal se equivocó al considerar que las cuatro primas extralegales de servicios que recibió, pese a que aceptó que remuneraban y retribuían el servicio, y que tuvo claro que ningún pacto podía contrariar su naturaleza salarial, podían ser válidamente excluidas de la liquidación de prestaciones sociales. Dijo que esto desconocía que el artículo 127 del CST estipula que todo pago que se realice como retribución del servicio es salario, sin importar la denominación que se le dé. Por su parte, el precepto siguiente autorizó la celebración de pactos únicamente sobre rubros extralegales. Su criterio lo apoyó en decisiones de esta Corte CSJ SL11310, 10 dic. 1998 y CSJ SL35771, 1 feb. 2011, y sostuvo que la hermenéutica expuesta en la sentencia CSJ SL35154, 20 oct. 2009, en la que se asió el Colegiado, es opuesta a la que este extrajo.

X. CARGO TERCERO

Por la vía indirecta, acusó la aplicación indebida de los mismos artículos relacionados en el cargo anterior.

Le endosó al Tribunal los siguientes errores de hecho:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que las partes pactaron como no salarial dentro de las cláusulas adicionales al contrato de trabajo […] suscritas los días 20 de abril, 20 de julio, 30 de

septiembre y 15 de diciembre de 2006, sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibiera la trabajadora del empleador como primas extralegales de servicios.

2. No dar por demostrado, estándolo, que […] [tales] pagos […] retribuían los resultados obtenidos en cada trimestre del año 2006 y dependían de forma directa del cumplimiento de la labor de ventas de la demandante.

3. No dar por probado, estándolo, la mala fe de la demandada.

Aseveró que esos desaciertos fueron producto de la apreciación errónea de las referidas cláusulas adicionales (f.º 84 a 87).

Adujo que el Tribunal se equivocó al valorar tales pactos, pues estos desprendían que, pese a la denominación de primas extralegales de servicios que se les dio, en realidad eran comisiones o pagos que obedecían a los resultados económicos exitosos obtenidos durante cada trimestre del 2006, luego era claro que dependían directamente de su labor y, por lo tanto, eran salario.

En ese sentido, estimó que el proceder de la demandada fue de mala fe, porque a sabiendas de que lo pagado retribuía su servicio, usó un disfraz para desconocer su incidencia prestacional e indemnizatoria, *«[…] haciéndole firmar […] cláusulas ineficaces»*, lo que pone de manifiesto la finalidad de defraudar sus derechos indiscutibles.

XI. RÉPLICA CONJUNTA

Cuestionó que el segundo cargo no precisó los supuestos fácticos no controvertidos. En todo caso, a su juicio la actora confundió la noción de salario con la de beneficio y factor prestacional, pues el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 permite que ciertos pagos no hagan parte de la

base para liquidar las prestaciones sociales, siempre que los pactos consten por escrito y sin importar sin son habituales o no, como ocurre con la prima de servicios del artículo 306 del CST. Transcribió apartes de la sentencia del Tribunal y estimó que se ajustaba a las providencias de esta Corte, CSJ SL5481, 12 feb. 1993, y de la Corte Constitucional C-521/95.

En lo que toca al tercer cargo, adujo que no existió el desafuero endilgado pues lo que emana de las pruebas acusadas es que las partes acordaron que las primas extralegales no constituían factor prestacional, y no informan que aquellas dependían directamente del cumplimiento de la labor de ventas, o que obedecían a resultados individuales o grupales obtenidos en el trimestre del año, sino los de la empresa, a más de que solo refieren *«[…] la satisfacción del empleador por su comportamiento interno. No por su gestión comercial»*; tampoco se probó la forma en que se liquidaban, ni que el consentimiento de la trabajadora estuviese viciado o que después de firmadas hubiese reclamado.

XII. CONSIDERACIONES

No advierte la Corte la disfunción que le achaca la oposición al cargo planteado por lo jurídico, dado que es evidente que no discute la premisa fáctica neural consignada en el fallo, consistente en que el Tribunal consideró que las primas extralegales de servicios pagadas a la trabajadora retribuían su servicio. De ahí que la discusión jurídica se sustraiga a establecer si el Colegiado incurrió en una errónea lectura de los artículos 127 y 128 del CST, al estimar que el segundo precepto permitía restarle connotación salarial a

pagos que retribuían el trabajo ofrecido, a efectos de liquidar las prestaciones sociales y demás aspectos que penden del salario.

Pues bien, sin duda alguna, la razón está del lado de la recurrente. Así lo es, porque probado como está que las primas en comento retribuían el trabajo para el cual fue contratado la accionante, salta a la vista que ello era suficiente para colegir, de manera inexorable, que era una caraterística que les imprimía esencia salarial a tales rubros, independientemente de la forma en que hayan sido adoptados o de su periodicidad. Este criterio ha sido enfatizado en distintas providencias de esta Corte, entre otras en decisiones CSJ SL8269, 25 jun. 1996, reiterada en las providencias CSJ SL49257, 10 jul. 2012, CSJ SL283-2018, y recientemente en sentencia CSJ SL5159-2018, que puntualizó un criterio conclusivo según el cual, la determinación de si un pago es o no salario está sujeta a evaluar *«[…] si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo»*. Es decir que el salario se define por su destinación específica: la retribución de la actividad laboral contratada.

Al paso de lo anterior, la providencia en cita (CSJ SL5159-2018) recordó que la facultad establecida en el artículo 128 del CST no es una autorización para restarle la incidencia salarial a los pagos que por esencia lo son, como equivocadamente lo interpretó el Colegiado. Esto por cuanto la preceptiva hace referencia a los emolumentos que, si bien, no retribuyen o compensan directamente el servicio, *podrían*

llegar a ser considerados salario o plantearse la discusión. Así lo explicó la Corte:

> ***3. 2. CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO***
>
> *Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.*
>
> *Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.*
>
> *De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.*
>
> ***3.3. LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES***
>
> *El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».*
>
> *La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario,*

deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «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», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados 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» (CSJ SL1798-2018).

3.4. LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí

que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida. […].

Por consiguiente, fluye diáfano la transgresión jurídica endilgada.

Desde el punto de vista fáctico, los errores del Tribunal son en verdad ostensibles, pues las cláusulas suscritas el 20 de abril, 20 de julio, 30 de septiembre y 15 de diciembre de 2006 (f.º 84 a 87), denunciadas como erróneamente valoradas, aunque informan que las partes pactaron que las primas extralegales de servicios no eran salario siguiendo la facultad prevista en el artículo 128 del CST, debió concluirse que eran acuerdos que menoscababan los derechos mínimos de la trabajadora, toda vez que pretendían desquiciar el carácter salarial de rubros que esencialmente tenían esa connotación. En efecto, en aquellos actos se aprecia que la empresa otorgó las referidas acreencias, así:

Fecha del otrosí	**Mes en que fue pagada**	**Valor prima**
20 abr. 2006	Julio de 2006	$2.400.000
20 jul. 2006	Julio de 2006	$5.700.000
30 sep. 2006	Diciembre de 2006	$5.700.000
15 dic. 2006	Diciembre de 2006	$5.700.000

Los firmados en abril y julio de 2006, se pagaron *«En atención a los resultados obtenidos»*, respectivamente, en el primer y segundo trimestre de ese año, mientras que los siguientes –septiembre y diciembre de 2006– obedecieron *«[…] a la satisfacción que existe sobre el desempeño que el trabajador a* (sic) *tenido al interior de la empresa»* en el tercer y cuarto trimestre del año, respectivamente. Para la Sala, al

compás de lo expuesto desde la perspectiva de puro derecho, no se requiere de mayor discernimiento para concluir que tales pagos tuvieron el específico fin de retribuir directamente el servicio de la trabajadora. Basta resaltar que su existencia no hubiese sido posible de no ser por los resultados derivados directamente de la labor ejercida. Dicho de otra forma: Los pagos hallan su causa en el trabajo de la actora, luego son salario y no pueden dejar de serlo por la denominación que se les dé.

Descubierto el yerro notorio del Tribunal, para ahondar en razones la Sala, al revisar el plenario, advierte que el referido carácter salarial queda en evidencia al observar los indicadores de gestión para el cargo de gerente de cuenta asociado al plan de premios, visibles a folios 75 a 78, que informan lo siguiente:

> *Los premios se entregarán a partir de una calificación mayor o igual al 95% del total de esta evaluación. Cuando* ***se tiene derecho*** *a premio:*
> *Por trimestre igual o mayor a 95%: $2.400.000*
> *Por semestre igual o mayor a 95%: $5.700.000*
> *Al Q3 igual o mayor a 95%: $5.700.000*
> *Resultado del año igual o mayor a 95%: $5.700.000* (negrillas no son originales).

Nótese que tales emolumentos no estaban sujetos a la mera liberalidad del empleador, sino a que la trabajadora cumpliera una meta específica, al cabo de lo cual tenía el derecho a exigir su pago. Como la accionante cumplió esos parámetros con creces, pues en el primer trimestre –enero a marzo de 2006– la calificación fue del 164%, el segundo de 117.13%, el tercer trimestre quedó en 116.97% y el cuarto en 129%, se hizo acreedora de las primas en mención en

contraprestación directa del servicio ofrecido, por lo que no era dable desconocer su verdadera esencia salarial.

La acusación, en consecuencia, prospera, y se casará la sentencia.

Lo concerniente a que la empresa actuó o no de mala fe es un tema que no puede abordarse en casación, dado que el Tribunal no se pronunció sobre esa temática.

Sin costas en el recurso extraordinario, por su prosperiad parcial.

Recurso de casación de AXEDE S.A.

XIII. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pidió a la Corte casar parcialmente la sentencia del Tribunal, en cuanto la condenó a pagar la indemnización por despido injusto, la indexación y la condenó en costas, y en sede de instancia se confirme la del *a quo.*

Con tal propósito, formuló dos cargos que fueron objeto de réplica y se estudiarán conjuntamente, debido a que persiguen idéntico objetivo.

XIV. CARGO PRIMERO

Por la vía indirecta, acusó la aplicación indebida del artículo 7, literal a) del Decreto 2351 de 1965, y su parágrafo, que subrogó el artículo 62 del CST, en relación con los preceptos 55, 56, 58, 60, 61, 64, 104, 107, 108 y 111 ibidem.

Le endilgó al Tribunal los siguientes errores de hecho:

1) Dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo suscrito […] [entre las partes] fue terminado en forma unilateral y sin justa causa por parte de AXEDE S.A.

2) No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo […] fue terminado en forma unilateral y con justa causa […].

3. No dar por demostrado, estándolo, que en comunicación de fecha 25 de julio de 2007, el cliente CEMEX pidió el cambio de la demandante como gerente de cuenta por la mala atención recibida.

4 No dar por demostrado, estándolo, que AXEDE S.A. le concretó en la carta de despido a la demandante las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

5. Dar por demostrado sin estarlo, que AXEDE S.A. no brindó a la demandante la oportunidad de defenderse de las quejas presentadas por el cliente CEMEX COLOMBIA

6. No dar por demostrado, estándolo, que AXEDE S.A. brindó a la demandante la oportunidad de defenderse de las quejas presentadas por el cliente CEMEX COLOMBIA.

7. No dar por demostrado, estándolo, que CEMEX COLOMBIA pidió a AXEDE S.A. el cambio de la demandante como ejecutiva de cuenta, por la falta de agilidad y de ritmo de trabajo en su atención.

8. No dar por demostrado, estándolo, que los clientes de AXEDE S.A., DISTRIBUIDORA NISSAN S.A. y ALIANZA TEAM solicitaron a la demandada el cambio de la demandante como gerente de cuenta por la mala atención de la demandante.

9. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante incurrió en la falta a las obligaciones laborales pactada en el literal a) de la cláusula 6ª del contrato de trabajo.

Como pruebas erróneamente apreciadas acusó la carta de despido del 30 de julio de 2010 (f.º 50 y 51, y 788 y 789), la carta del 25 de julio de 2007, dirigida por CEMEX COLOMBIA a AXEDE S.A (f.º 794), y los correos electrónicos del 15 y 21 de junio de 2007, dirigidos por TEAM a AXEDE S.A. (f.º 795 y 796). Como dejadas de apreciar denunció el contrato de trabajo (f.º 760 y 761), la carta del 26 de julio de 2007 dirigida por la demandada a la demandante (f.º 793), y la confesión contenida en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante (f.º 1445).

En aras de demostrar lo anterior, afirmó que, contrario a lo dicho en fallo, con ocasión de las quejas presentadas por los clientes a través de cartas dirigidas por Nissan y Team (f.º 795 y 796), inició una investigación que concluyó en llamados de atención a la demandante ante el incumplimiento de sus obligaciones laborales, según se apreciaba de las misivas de folios 797 y 798, las cuales tuvieron el propósito de corregir el comportamiento de la trabajadora, que no sucedió pues luego llegó la queja de CEMEX el 25 de julio de 2007 (f.º 794), que indicaba que la solicitud de cambio de ejecutiva de cuenta estaba fundada en la necesidad de un servicio más ágil y acorde con el ritmo de trabajo que no satisfacía la actora, lo que condujo a la terminación unilateral del contrato, no sin antes permitir la defensa de aquella, según lo informaba la carta del 26 de julio de 2007, efectivamente recibida y que el Tribunal ignoró, pese a que demostraba que la empresa le brindó la posibilidad de explicar y justificar las afirmaciones del cliente CEMEX.

Esgrimió que tales pruebas debieron analizarse con el contrato de trabajo (f. º 760 y 761), que probaba que la falta de agilidad fue pactada como un incumplimiento a las obligaciones laborales, hecho que se verificaba con lo confesado por la demandante en el interrogatorio de parte, pues aceptó que era su obligación brindar una adecuada atención a los clientes asignados a su cargo.

XV. CARGO SEGUNDO

Por la vía directa, denunció la interpretación errónea de los mismos artículos enlistados en el ataque precedente.

Advirtió que aceptaba los supuestos fácticos hallados por el Tribunal, *«[…] es decir, que el contrato de trabajo de la demandante terminó en forma unilateral pero con justa causa por parte del empleador y que AXEDE S.A. no llamó a la demandante a ceremonia de descargos»* antes de darlo por terminado.

Consideró que el Tribunal le confirió una lectura errada al artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, pues este no prevé, ni impone condición o procedimiento previo para finalizar el contrato en forma unilateral y alegando justa causa, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte, en relación a que el despido no es una sanción disciplinaria, según lo subrayó de las decisiones CSJ SL24569, 9 mar. 2005 y CSJ SL27334, 17 may. 2006.

XVI. RÉPLICA CONJUNTA

Refutó los cargos porque se concentran en atacar aspectos procedimentales del despido, y no la conclusión de inexistencia de justa causa, como tampoco que las acusaciones que sustentaron aquel acto no existieron, pues eran apreciaciones generales carentes de respaldo, y siendo ello así, estas premisas deben quedar intactas. Con todo, adujo que el Colegiado sí apreció la carta del 26 de julio de 2007, pues de otra forma no hubiese cuestionado que las acusaciones realizadas a la actora no provenían de las partes

involucradas en el contrato. Este documento, además y como lo estableció el fallo, no efectuó una imputación concreta, una acusación o un cargo específico, solo solicitó explicación de los motivos de insatisfacción del cliente, que ni siquiera individualizó, por lo que no es dable sostener que se le garantizó la debida defensa y contradicción por las faltas que se le atribuyeron en la carta de terminación, que fue lo que echó de menos el juzgador.

Sostuvo que la carta enviada por CEMEX el 25 de julio de 2007 tampoco expresa un señalamiento específico de una falla de la trabajadora, y si así fuere, no indica las circunstancias de tiempo, modo y lugar; que los documentos de folios 797 y 798 prueban dos llamados de atención enviados el 17 y 21 de junio de 2007, mas no una investigación para corroborar el incumplimiento de funciones, al margen de si estas habían sido o no asignadas. De otro lado, esas probanzas acreditan que los casos de NISSAN y TEAM fueron sancionados disciplinariamente con llamados de atención, luego no puede enarbolarse como un motivo para terminar el contrato, pues nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, según lo concluyó esta Corte en sentencia CSJ SL35843, 9 feb. 2009. Respecto del documento de folio 793, anotó que la valoración dada por la Colegiatura no es ostensible.

Resaltó su gestión en los últimos seis meses de labor, lo que coincide con una comunicación interna emanada del gerente de negocios (no la especificó), y que la demandada, lejos de censurarla, le pagó una bonificación por el cumplimiento de metas, a más de que fue premiada por su

trabajo eficiente en el 2007, pues obtuvo una calificación mayor al 95%, según se ve a folios 79 y 80, y que los testimonios de los señores Susana Escobar y Oablo Rodríguez acreditaban la inexistencia de justa causa y su buen comportamiento.

En cuanto al segundo cargo dijo que, por la vía escogida, el recurrente estaría aceptando que la extinción del contrato se basó en apreciaciones generales carentes de respaldo y sin verificación de la compañía. Agregó que la Corte Constitucional ha reiterado los límites que tienen los empleadores en sus decisiones, pues se debe respetar el derecho de defensa de los trabajadores. Refirió, por último, que la terminación debe ser una resolución justa, razonable y proporcionada a la conducta asumida por el trabajador, sobre todo en este caso en el que laboró por más de 18 años.

XVII. CONSIDERACIONES

Aun cuando la sentencia impugnada no es clara, pues hay diferentes premisas que no siguen una secuencia lógica de argumentación, con respecto a la terminación del contrato de trabajo, el empleador debía seguir un procedimiento previo para que el trabajador, antes del despido, tuviese la posibilidad de defenderse contra la imputación de las conductas que fundaron esa actuación posterior.

Para la Corte, el fallo quedó cimentado en dos pilares a saber: ***i)*** que el empleador no garantizó el derecho de defensa de la trabadora, a fin de que esta explicara o justificara su conducta antes de la terminación del contrato, y ***ii)*** que el

despido fue basado en sugerencias o peticiones de clientes que se tuvieron por ciertas y no estuvieron precedidas de una investigación que corroborara si en realidad estaba incumpliendo sus funciones, lo que llevó entonces a que la empresa no demostrara la justa causa de despido.

La Sala resalta que no es objeto de discusión que las partes de la relación laboral no categorizaron al despido como una sanción, ni se estipuló la exigencia de un trámite previo en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto, laudo arbitral o en el reglamento interno de trabajo.

Así las cosas, en primer lugar debe decirse que el Tribunal cometió el error señalado en el segundo cargo, pues según lo tiene dicho la doctrina de esta Corte, el empleador debe identificar los motivos concretos que le imputa al trabajador y que dieron lugar a su despido, a efectos de que le permita en ese momento conocer los móviles que generaron esa determinación, y de tal manera pueda ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna, correspondiéndole al juez verificar si las razones alegadas están o no tipificadas en el ordenamiento legal aplicable (CSJ SL22041, 1° junio 2004 y CSJ SL16219-2014).

Así, para garantizar la defensa de la trabajadora era suficiente con que la demandada demostrase haber expuesto al momento de comunicar el despido con justa causa, los hechos y motivos que lo fundaban, como en efecto lo hizo según se aprecia de la carta de terminación del contrato (f.º 50 y 51) y acusada como inapreciada por la censura, que fue del siguiente tenor:

La empresa ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo en forma unilateral pero con justa causa con efectividad al día 30 del mes de julio de 2007 con fundamento en lo previsto en el artículo 7º, literal A), numeral 6º del Decreto 2351 de 1965 y con base en los siguientes hechos:

Desempeña usted en esta empresa el cargo de GERENTE DE CUENTA encontrándose dentro de sus principales actividades como es apenas obvio, la de brindar una adecuada atención a todos nuestros clientes y en especial a los que usted tenga asignados como GERENTE DE CUENTA.

Su actitud de servicio frente a nuestros clientes, no es la que se espera de una persona con la experiencia que usted tiene en su cargo.

Varios clientes de la empresa nos hicieron conocer su insatisfacción frente a la prestación del servicio por parte suya, tal como sucedió con los clientes DISTRIBUIDORA NISSAN S.A. y ALIANZA TEAM, quienes solicitaron a la empresa les fuera asignada un nuevo gerente de cuenta, circunstancia por la cual nos tocó acceder a tal petición y por ende hacerle unos llamados de atención según comunicaciones de fechas 17 de mayo de 2007 y 21 de junio de 2007 respectivamente.

No obstante lo anterior, pensamos que con estos llamados de atención usted iba a modificar su actitud, sin embargo ello no sucedió pues mediante comunicación de fecha 25 de julio del 2007 el cliente CEMEX solicitó el cambio de GERENTE DE CUENTA que era usted.

Ya son tres las empresas que han solicitado su cambio y esta situación no puede obedecer a otra circunstancia distinta a que usted viene incumpliendo sus obligaciones laborales como lo es la de prestar un pronto, eficiente y eficaz servicio con las cuentas que se le asignan.

Que las tres empresas DISTRIBUIDORA NISSAN S.A., ALIANZA TEAM y CEMEX nos pidan un cambio, en tan corto tiempo, no es propiamente una coincidencia. Las veces que se le han pedido explicaciones al respecto usted ha pretendido desconocer esa grave situación haciendo afirmaciones de carácter subjetivo tales como que la empresa ha iniciado una persecución, lo cual no es cierto y que todo obedece al hecho o circunstancia de no querer firmar una modificación al contrato de trabajo que se le propuso, tema que de paso vale la pena recalcar, en el sentido de que lo que se le ofreció en un momento determinado como modificación a su contrato de trabajo, le era altamente favorable y no constituía una desmejora como lo pretendía hacer valer, puesto que el resto de GERENTES DE CUENTA de la empresa (13), si firmaron el otrosí, por considerar que mejoraba notoriamente sus condiciones laborales.

La empresa administrativamente no puede soportar que los clientes pidan cambio de gerente de cuenta en forma tan continua como ha sucedido en su caso, pues ello significa todo un desgaste

no solamente con el cliente sino de logística dentro de la empresa así como con la GERENTE DE CUENTA en este caso usted.

Para la empresa, reiteramos, constituye un grave incumplimiento a sus obligaciones laborales el hecho de que no hubiera atendido adecuadamente al cliente CEMEX, a pesar de habérsele ya llamado la atención, como quedó anotado y sin que usted cambiara de actitud.

La última solicitud que recibimos para cambiar el GERENTE DE CUENTA fue la del cliente CEMEX de fecha 25 de julio de 2007 y es esta concreta situación la que nos ha hecho tomar la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo en forma unilateral pero con justa causa, a partir del 30 de julio de 2007.

Es de anotar que la comunicación que usted nos remitió con fecha julio 26 del presente año, dando explicaciones acerca de la cuenta CEMEX en nada desvirtúan el incumplimiento grave de sus obligaciones laborales ni el mal servicio que usted ha venido dándole a ese cliente, y se limita, curiosamente a tratar de llevar sus descargos a hablar de una comisión de un negocio que ni siquiera se ha formalizado.

Entonces, el empleador no quebrantó el derecho de defensa de la accionante en lo que hace a la forma como debe expresar su determinación de terminar el contrato sin justa causa, pues en la comunicación están las claras las razones y hechos que originaron tal decisión.

Cabe resaltar que la réplica no acertó al señalar que la censura no atacó ese juicio fáctico, pues así lo hizo al presentar los errores de hecho primero y segundo, en concordancia con la sustentación, donde afirmó que la terminación unilateral del contrato se fundó en que el cliente Cemex Colombia solicitó el cambio de la actora como gerente de cuenta por su falta de agilidad y ritmo de trabajo en la atención que les prestó; queja recurrente previamente por otros dos clientes, por lo que considera que sí se probó el quebranto de las obligaciones laborales acordadas, lo cual configuraba una justa causa según lo pactado en el literal a)

de la cláusula 6ª del contrato de trabajo (f.º 760 y 761), cuya valoración pasó por alto el Juez Colegiado.

Respecto del segundo pilar de la sentencia de segunda instancia, también se evidencia una equivocación ostensible en la valoración de la prueba, al no hallar acreditado, cuando lo estaba, que hubo incumplimiento por parte de la trabajadora de sus obligaciones laborales.

La censura denunció los requerimientos realizados por Alianza Team mediante dos correos electrónicos (f.º 795 y 796), uno del 15 de junio de 2007 y otro del 21 siguiente, en los que se observa que dicho cliente solicitó el cambio del ejecutivo de cuenta, y en el segundo e-mail lo sustentó así:

> *1. Los requerimientos solicitados no son totalmente entendidos por la Ejecutiva de cuenta y por ello se han presentado varios inconvenientes en el momento de la implementación de los proyectos.*
>
> *2. En varias ocasiones evade sus errores, diciendo frases como "Yo te lo dije" errores que debemos asumir nosotros como cliente.*
>
> *3. Falta de compromiso con la cuenta.*

En cuanto a la carta dirigida por CEMEX COLOMBIA a la demandada (f.º 794), el cliente señaló que, *«De acuerdo con nuestra conversación de hoy y con el fin de contar con un servicio más ágil y acorde con nuestro ritmo de trabajo, de la manera más atenta le solicitamos asignarnos un Ejecutivo de Cuenta diferente a la señora Martha Kwan, quien actualmente nos atiende»*.

En sentir de esta Corte, estas comunicaciones evidencian un error de apreciación por parte del Tribunal, pues el análisis conjunto de las referidas probanzas da cuenta de que la insatisfacción por parte de los clientes era

respecto a la función que desarrollaba la demandante como gerente de cuenta, tanto así, que solicitaron su cambio.

La accionante en el interrogatorio de parte aceptó que entre sus funciones estaba la de la atención a los clientes asignados de acuerdo con su cargo de gerente de cuenta. Así se aprecia de lo que puntualmente acusó la recurrente, que:

> *PREGUNTADO: Sírvase decir la interrogada como es cierto sí o no, que en el cargo de gerente de cuenta, usted tenía entre sus principales obligaciones la de brindar una adecuada atención a los clientes que tenía asignados en dicho cargo. RESPONDIÓ: Es cierto y aclaro que tenía la obligación de brindar la atención al cliente, sin embargo, esta atención, como lo mencionaba la representante legal de la demandada, la totalidad de las funciones como era la atención, no dependían ni estaban bajo el total control mío porque dependía de otras áreas donde yo no tenía esa responsabilidad.*

De lo anterior se aprecia que tenía clara sus funciones y su responsabilidad en el manejo de clientes, aunque manifestó que también dependía de otras personas. Es de resaltar que en este mismo interrogatorio la demandante manifestó que ella era «*[…] la cara al cliente y quién debía responderle*”.

Las comunicaciones, apreciadas en conjunto, junto al interrogatorio de parte señalan la falta de atención adecuada a los clientes es decir, un incumplimiento a su función.

Así mismo, el Tribunal se equivocó al no reconocer valor probatorio para efectos de establecer la justa causa, a las quejas realizadas por los clientes, por no estar controvertidas por la trabajadora o no haber realizado una investigación.

Este hecho en sí mismo no les resta valor probatorio a las comunicaciones, máxime si se tiene en cuenta que la trabajadora tenía conocimiento de las mismas y era esta la que decidía si las controvertía o no.

Así, el recurso logró acreditar la comisión de errores de hecho protuberantes, de suerte que prospera la acusación.

Sin costas en el recurso extraordinario, por su prosperidad.

XVIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

En instancia, basta lo expuesto en casación para colegir que la *a quo* se equivocó al considerar que las cláusulas suscritas el 20 de abril, 20 de julio, 30 de septiembre y 15 de diciembre de 2006, no eran salario. Sin embargo, se mantendrá en firme lo concerniente a la absolución de la empresa respecto a la indemnización por despido sin justa causa, para lo cual igualmente es suficiente lo considerado en sede extraordinaria.

En ese estado de cosas, la Corte resolverá lo pertinente al reajuste derivado de no tener en cuenta las primas extralegales de servicio pagadas a la accionante en los cuatro trimestres del 2006, y su incidencia en el cálculo de prestaciones sociales. Además, se determinará lo pertinente a la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

1) Reajuste prestacional

Debe precisar la Sala que aun cuando la demandante aludió a un supuesto impago de la prima extralegal de

servicios del cuarto trimestre del 2006, el *a quo* no resolvió esa cuestión y tampoco hubo petición de adición ni apelación al respecto. Entonces, como la demandada no negó su existencia ni su pago, se entenderá como efectivamente cancelado ese emolumento. Además, dado que el recurso de casación discutió exclusivamente la connotación salarial de las primas extralegales pagadas en el 2006, a estos conceptos se sustrae la competencia de la Corte a efectos de definir el reajuste prestacional solicitado, que se hace en los siguientes términos:

a) Auxilio de cesantías:

La liquidación definitiva del contrato de trabajo, visible entre muchos otros folios, en el 49, da cuenta de que la accionante estaba sometida a un *«RÉGIMEN ANTERIOR»*, que no es otro que el sistema tradicional de cesantías existente antes de la Ley 50 de 1990. Corrobora ese supuesto los documentos de folios 1278 a 1304, que dan cuenta de trámites de retiros parciales de cesantías que, autorizadas por autoridad competente, fueron pagadas por el empleador a la actora.

En ese orden de ideas, de conformidad con lo establecido en los artículos 249 y 253 del CST, el empleador debe pagar a la trabajadora un mes de salario por cada año de servicios, a razón de auxilio de cesantía, y para su liquidación debe tomarse el promedio de lo devengado en el último año de labores, teniendo en cuenta que se trata del régimen tradicional. Para el caso, esto ocurrió entre el 1° de agosto de 2006 al 30 de julio de 2007, por manera que debió

sumarse las primas extralegales que retribuyeron el trabajo prestado por la actora en el tercer y cuarto trimestre del 2006, lo cual ascendía a $11.400.000. Este valor se divide entre 12 meses para obtener el salario base de liquidación, que arroja $950.000, y esto corresponde, según lo dicho atrás, a la diferencia dejada de pagar en el citado año por cesantías.

En cuanto a la prescripción, tiene dicho la Corte que las cesantías se hacen exigibles a la finalización del contrato de trabajo, independientemente del régimen que las regule, dado que es a partir de ese momento en que el trabajador puede disponer libremente de dicho concepto (CSJ SL6552-2016). Aquí la relación laboral feneció el 30 de julio de 2007, mientras que la demanda fue presentada el 16 de julio de 2009, por lo que no se supera el término trienal establecido en el artículo 151 del CPTSS, y en tal sentido la excepción no prospera.

b) Intereses a las cesantías

Al tenor de lo señalado en el artículo 1º del Decreto 116 de 1976, reglamentario de la Ley 52 de 1975, el empleador debe pagar el 12% anual sobre los saldos que al 31 de diciembre de cada año, o en la fecha de retiro del trabajador o de la liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía, los cuales tienen que ser canceladas en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron, o en la fecha de retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre de respectivo

periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

En este caso, cabe el reajuste de los intereses que se hicieron exigibles en enero de 2007, que en tal orden, de una vez se advierte, no están prescritos, conforme a las reglas y supuestos fácticos atrás señalados. Para su cálculo debieron tenerse en cuenta las cuatro primas extralegales canceladas a la actora en el 2006, que ascienden a $19.500.000. Esta cifra se divide entre 12 meses para obtener el salario base, que arroja $1.625.000. Luego, por el referido concepto, se adeuda $195.000, según la siguiente operación:

$$\frac{\$1.625.000 \times 360 \times 0.12}{360}$$

c) Primas de servicio del primer y segundo semestre de 2007

Tanto en la demanda como en el alcance de la impugnación, la actora insistió en la reliquidación de las primas de servicios del primer y segundo semestre del 2007, por lo que queda descartado un error por cambio de palabras.

Ahora bien, en sentencia CSJ SL17 sep.1998, rad. 10523, reiterada en decisión CSJ SL4873-2018, se dijo que el salario a tener en cuenta para la liquidación de la prima de servicios, corresponde al promedio devengado en el semestre en que efectivamente se causa la prestación o en la fracción de éste. De tal suerte, para el caso sería averiguar lo devengado en el primer semestre de 2007 y en la fracción laborada en el segundo semestre de ese año (del 1° al 31 de

julio), en la que no hubo novedad según lo expuesto en este fallo. En puridad, la reliquidación habría sido posible en lo que concernía a las primas del 2006, empero, en virtud de lo previsto en el artículo 50 del CPTSS, la Sala actuando en sede de apelación no puede dictar un fallo *ultra petita*.

Al respecto, esta Corte en sentencia CSJ SL38700, 7 jul. 2010, reiterada en decisión CSJ SL833-2018, recordó:

> *El juez de trabajo tiene la obligación de decidir la controversia sobre la base de los hechos formulados y las súplicas incoadas en la demanda introductoria, así como con lo argumentado en la respuesta al libelo demandatorio y las excepciones; y la circunstancia de que la ley procedimental laboral faculte al sentenciador de única o primera instancia para proferir un fallo extra o ultra petita, no quiere decir que dicho juzgador pueda salirse de los hechos básicos que hayan sido materia del debate, a los cuales debe estar sometido.*

d) Vacaciones

Es importante precisar que la accionante pidió la diferencia de lo recibido por vacaciones, es decir, partiendo de lo pagado cuando las gozó efectivamente, o lo que es igual, cuando disfrutó de ese descanso remunerado, no por su compensación en dinero. En tal sentido, y como lo puntualizó esta Corte en decisión CSJ SL4873-2018, su liquidación se regula por el artículo 192 del CST, que estipula: *«Cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan»*.

Bajo esa óptica, en la documental se observa que la accionante disfrutó de 23 días de vacaciones en enero de 2007 (f.º 829), por lo que debió tenerse en cuenta las primas extralegales de servicio devengadas en el 2006, que totalizan

$19.500.000, que se divide entre 12 y se obtiene un salario base de $1.625.000. En esa lógica, por los 23 días de vacaciones la actora debió recibir $1.245.833 adicionales.

En abril de 2007 disfrutó 7 días (f.º 832); sin embargo, aquí no debe tenerse en cuenta la prima extralegal causada y recibida en el primer trimestre de 2006 –enero a marzo–, por valor de $2.400.000, pues supera el espacio referido atrás –promedio de lo devengado en el año anterior al goce efectivo–. En ese orden, lo que debe dividirse entre doce es la suma de $17.100.000, que arroja un salario base de $1.425.000. Entonces, por 7 días de vacaciones, se debe una diferencia de $332.500.

En total, por reajuste de vacaciones, sin que tampoco haya lugar a la prescripción, se adeuda la suma de $1.578.333. Además, procede su indexación, que a la fecha de la sentencia asciende a $1.045.337, según el siguiente cuadro:

FECHAS		N° DE	VALOR	VALOR
INICIO	FIN	MESES	VACACIONES	INDEXACIÓN
31/01/2007	12/02/2019	144	$ 1.245.833	$ 839.224
30/04/2007	12/02/2019	141	$ 332.500	$ 206.114
			$ 1.578.333	$ 1.045.337

2) Indemnización moratoria

Esta Corporación ha sido consistente en sostener que la sanción regulada en el artículo 65 el CST, no se aplica de manera automática e inexorable, ya que se deben estudiar las pruebas incorporadas en el plenario para poder corroborar si la actuación del empleador estuvo o no justificada, lo cual permitirá verificar si el pago tardío o

deficitario de las acreencias laborales estuvo asistido de buena fe, o si al contrario la conducta asumida permite descalificar su proceder (CSJ SL, 14 ago. 2012, rad. 41522).

Además, cabe decir que dicho examen conductual en pos de determinar el referido supuesto de buena fe, no debe limitarse a constatar la existencia de deuda por salarios y prestaciones sociales en favor del trabajador, sino que es menester analizar si existieron razones válidas y justificativas de la falta de pago, que lleven al juzgador a concluir, sin el menor aviso de duda, que el desconocimiento del empleador sobre los derechos laborales careció de temeridad o malicia, de ahí que no sea cualquier motivo el que permita arribar a esa convicción, sino el que esté precedido de una razón seria y sólida, y solo si así se encuentra probado es que puede exonerarse de tal imposición.

Pues bien, en este asunto no debe olvidarse que el reajuste prestacional objeto de condena derivó del pago de lo que se denominó primas extralegales de servicios, sobre lo cual las partes suscribieron un pacto de exclusión salarial en los términos previstos en el artículo 128 del CST. Lo anterior, en el contexto en el que se desarrolló la relación laboral, sugiere que el empleador estaba plenamente convencido de que ese acuerdo estaba soportado legalmente y, por contera, que le pagó a la accionante las sumas que creyó deberle, conforme al salario y comisiones causadas, tal y como se aprecia de la liquidación final allegada a folio 49 del plenario, excluyendo así aquellos rubros según lo convenido.

Tales supuestos se exhiben atendibles y descartan que la demandada haya actuado de mala fe, de manera que la Sala absolverá de esta pretensión.

En su lugar se dispondrá la indexación de las condenas por el reajuste de cesantías, que hasta la fecha de la sentencia arroja $579.791, y la de los intereses a las mismas asciende a $131.357, según el siguiente esquema:

FECHAS		N° DE	CESANTIAS	VALOR
INICIO	FIN	MESES		INDEXACIÓN
30/07/2007	12/02/2019	138	$ 950.000	$ 579.791

FECHAS		N° DE	INT. S/ CESANTIAS	VALOR
INICIO	FIN	MESES		INDEXACIÓN
31/01/2007	12/02/2019	144	$ 195.000	$ 131.357

3) Respecto a la justeza del despido.

Además de las consideraciones hechas en sede de casación, es oportuno recordar que, frente al tema planteado, esta Sala en la sentencia CSJ SL 28 agosto 2012, radicado 38855, indicó:

> *Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <… cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos…>.*
>
> *En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación.*
>
> *[…]*

En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo.

[…]

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta […].

Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal".

De manera que de conformidad con la primera de las hipótesis establecida en la norma bajo examen, le corresponde al juzgador evaluar la conducta del trabajador y calificarla como grave, y esto fue lo que en esencia aquí ocurrió, dado que el colegiado consideró que el actor fue "negligente en el cumplimiento de sus funciones, e incurrió en violación de sus obligaciones y funciones" de tal

magnitud que ameritaba la terminación del contrato de trabajo por justa causa […] Dicho en otras palabras: la negligencia también significó el incumplimiento de órdenes e instrucciones y desde luego incumplimiento de obligaciones».

Acorde con la jurisprudencia trascrita, encontrándose en el primer escenario, una vez se demuestra la falta cometida por el trabajador, la gravedad de la conducta corresponde determinarla al juzgador. Tal como lo hizo el Juzgado en su momento al encontrar que la demandante tenía conocimiento de sus funciones y de su responsabilidad en el cargo y las incumplió gravemente.

No es de recibo que en los hechos de la demanda y en la apelación, la demandante insistiera en que no manejaba o no tenía el deber de atender clientes cuando en el interrogatorio de parte y las pruebas, se evidenciaba que tenía dentro de sus funciones la atención adecuada de clientes y en específico, de los que presentaron quejas respecto a su desempeño, de quienes fue su gerente de cuenta.

De los llamados de atención se deriva el hecho que la empresa le recordó a la trabajadora la importancia y obligación respecto del manejo adecuado de sus clientes. Sin embargo, nuevamente se presentó una queja respecto de la misma función como gerente de cuenta, de manera que la insatisfacción demostrado por los clientes obedecía y estaba dirigida a ella únicamente.

Además, la empresa en su llamado de atención manifestó las consecuencias negativas de los errores que estaba cometiendo, no solo en el desgaste logístico de asignar

nuevas personas a cargo si no también en la pérdida de confianza como empresa.

Dada la reiteración en la falta y de un análisis objetivo de las pruebas se observan dos circunstancias: *(i)* que la comisión de las conductas imputadas a la actora en la carta de terminación del contrato de trabajo fueron debidamente demostradas y *(ii)* que merecían ser calificadas como justificativas del despido.

Por las razones expuestas, en instancia se confirmará la absolución de este punto.

Las demás excepciones se entienden resueltas con lo expuesto.

Las costas en instancia estarán a cargo de la demandada, que deberá liquidar el *a quo.*

XIX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el treinta (30) de agosto de dos mil once (2011), en el proceso que instauró **MARTHA LUCÍA KWAN PÁEZ** contra **AXEDE S.A.,** en cuanto absolvió del reajuste prestacional con ocasión de las primas extralegales de servicio devengadas en el 2006, y condenó a la indemnización por despido injusto.

En instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de junio del 2010, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagarle a la accionante las siguientes sumas:

a- ***i)*** $950.000 por concepto de diferencia resultante por el reajuste del auxilio de cesantía; ***ii)*** $195.000 por intereses a las cesantías, ***iii)*** y $1.578.333 por vacaciones.

b- La indexación de la diferencia resultante por ***i)*** reajuste de vacaciones, $1.045.337, ***ii)*** reajuste del auxilio de cesantías, $579.791, y ***iii)*** reajuste de los intereses a las cesantías, $131.357, sin perjuicio de lo que se cause al momento de efectuarse el pago total y efectivo de la obligación. Lo anterior, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: se **CONFIRMA** en todo lo demás.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ
Salvamento parcial de voto