



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Magistrado ponente

SL2882-2022

Radicación n.º 92149

Acta 23

Bogotá, D. C., trece (13) de julio de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **CLARA ALICIA AARÓN ORDÓÑEZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el 27 de noviembre de 2020, en el proceso que instauró la recurrente contra **COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A.**

I. ANTECEDENTES

La hoy recurrente persiguió que se declarara la existencia de un contrato de trabajo con Colmédica Medicina Prepagada S.A., del 2 de noviembre de 1994 al 11 de septiembre de 2014, día en que terminó por causa imputable al empleador y, como consecuencia de ello, se condenara al pago de las comisiones prepago y bonificaciones salariales

con sus respectivos intereses, las cuales no fueron tenidas en cuenta para la liquidación final de las prestaciones sociales parciales y definitivas; a la indemnización moratoria por el no pago de estos emolumentos, con sus intereses e indexación; a los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales; a las costas del proceso; y a lo ultra y extra petita.

Posteriormente presentó otra demanda en la cual solicitó el reajuste de la liquidación final de prestaciones sociales parciales y definitivas, incluyendo como factor salarial las comisiones prepago y bonificaciones, lo mismo que el reajuste de los aportes a pensiones.

Fundamentó sus peticiones, en lo concerniente a la primera demanda, básicamente, en que las partes celebraron un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 2 de noviembre de 1994 y terminó sin justa causa el 11 de septiembre de 2014; que la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, en cumplimiento de un horario de trabajo y bajo las instrucciones del empleador; que durante la relación laboral fue nombrada en diferentes cargos; que prestó sus servicios a Aliansalud EPS, entidad que la nombró el 8 de septiembre de 2010 en el cargo DE Gerente de Oficina; que recibió comisiones prepago y bonificaciones salariales por productividad, las cuales no se tuvieron en cuenta para la liquidación final de prestaciones sociales parciales y definitivas; y que el último salario base que fue tenido en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales fue de \$4.000.000,00.

En cuanto a la segunda demanda, narró básicamente los mismos hechos, no obstante, precisó que entre Aliansalud EPS, Colmédica Medicina Prepagada S.A. y ella se acordó una cesión de contrato a partir del 1 de mayo de 2012; que en la cláusula tercera de la cesión de contrato se pactó que, *“para todos los efectos legales, laborales, prestacionales y parafiscales se entiende que el único empleador es y será Colmédica Medicina Prepagada S.A., no obstante prestar sus servicios a las compañías mencionadas en el presente documento, situación que no implica ni genera concurrencia o coexistencia de contratos”*; y que el primer cargo que desempeñó con Salud Colmena S.A. fue el de directora comercial, luego el de directora de ventas y, en virtud de la cesión de contrato, el de gerente de oficina en la empresa Aliansalud EPS.

Al dar respuesta a la primera demanda, la parte demandada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la terminación del contrato sin justa causa, pero aclaró que canceló la indemnización conforme al tiempo laborado y el salario variable devengado el último año de servicios, los demás dijo que no eran ciertos. Indicó que, si bien a lo largo de la relación laboral percibió comisiones prepago, su reconocimiento dependía de la política para la liquidación establecida en cada uno de los otros íes firmados por las partes, por lo que si se incumplían los parámetros allí establecidos no se tenía derecho al pago de comisiones prepago; agregó que las bonificaciones fueron tenidas en

cuenta para la liquidación final de prestaciones sociales. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de título y causa en la demandante, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción y la genérica.

Colmédica Medicina Prepagada S.A., al contestar la segunda demanda, se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la terminación del contrato sin justa causa, los demás dijo que no eran ciertos. Manifestó que Aliansalud EPS, Colmédica Medicina Prepagada y la demandante celebraron el 1 de mayo de 2012 la cesión del contrato de trabajo, fecha a partir de la cual el empleador para todos los efectos pasó a ser Colmédica Medicina Prepagada S.A. Propuso la excepción previa de pleito pendiente. De fondo las de inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de título y causa en la demandante, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción y genérica.

El conocimiento de ambos negocios correspondió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, el cual, previa solicitud de los apoderados de las partes, mediante auto de 24 de febrero de 2017 (fls. 462 a 464) decretó la acumulación de los procesos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 15 de marzo de 2019 (fls. 497 a 499), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante CLARA ALICIA AARÓN ORDOÑEZ y la demandada COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA existió un contrato a término indefinido, cuyos extremos laborales fueron del 2 de noviembre de 1994 al 11 de septiembre de 2014, relación laboral que fue terminada unilateralmente sin justa causa por la demandada y por la cual canceló la respectiva indemnización.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA a reconocer y pagar a la actora CLARA ALICIA AARÓN ORDOÑEZ las siguientes sumas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, la suma de \$225.267, por concepto de diferencia en la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá ser indexada al momento de cancelarse.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA de las restantes pretensiones incoadas en la demanda.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de buena fe propuesta por la parte demandada.

SEXTO: Sin costas procesales.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, al resolver los recursos de apelación

interpuestos por las partes, mediante fallo de 27 de noviembre de 2020 (fls.13 a 20), resolvió:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo de calenda 15 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CLAUDIA ALICIA AARÓN ORDOÑEZ contra COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A. el cual quedará así:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLMÉDICA MEDICINA PEPAGADA S.A. a reconocer y pagar a CLAUDIA ALICIA AARÓN ORDOÑEZ la suma de \$10.361 por concepto de diferencia de indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, suma que deberá ser indexada al momento de cancelarse.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en cuestión.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante en segunda instancia. Se fijan agencias en derecho en cuantía de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

Centró el problema jurídico en determinar si a la demandante le asistía el derecho al reajuste de la liquidación definitiva de su contrato de trabajo, teniendo en cuenta las comisiones prepago y bonificación como factor salarial, y *«como problema jurídico asociado el de dilucidar si hay lugar al pago por concepto de diferencia de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa»*.

Dijo que a la demandante no le asistía el derecho al reajuste de la liquidación definitiva de su contrato de trabajo, pues las comisiones prepago y bonificaciones fueron tenidas

en cuenta como factor salarial. En cuanto a la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, precisó que sí había lugar al pago de una diferencia.

Destacó como premisas fácticas las siguientes: *i)* Las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido el 2 de noviembre de 1994, tal como consta en el folio 13 del expediente Rad. No. 2015-00136; *ii)* La demandante recibía comisiones y bonificaciones habituales, las cuales reposan del folio 115 al 252 del compendio Rad. 2015-00136; *iii)* COLMÉDICA S.A. comunicó a la actora la finalización del contrato de trabajo a partir del 11 de septiembre de 2014, mediante misiva militante a folio 251 del expediente Rad No. 2015- 00136; *iv)* la demandada realizó liquidación de prestaciones sociales a la actora e indemnización por terminación unilateral sin justa causa, la cual se evidencia a folio 349 del expediente Rad No. 2015-00136.

Asentó que la parte demandante se quejó de los descuentos por comisiones prepago efectuados, los cuales consideraba que no eran definitivos y no debían restarse en un 100% sobre lo devengado; demás, que reprochaba la apelante que, *«[...] no se tuvieron en cuenta a la hora de liquidar su contrato los conceptos de auxilio de transporte, auxilio de póliza y demás primas recibidas. De ahí, solicita el reajuste de la liquidación definitiva de sus prestaciones sociales y de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa»*.

Aseguró que le asistía razón a la demandante al afirmar que recibía pagos por concepto de comisiones y bonificaciones aplicadas sobre el sueldo básico de \$4.000.000,00, del que no existía controversia alguna, sin embargo, aclaró que el *a quo* «[...] como primera medida y ante el salario variable de la actora procedió a calcular un salario promedio devengado durante el último año de la relación laboral incluyendo los conceptos de comisiones y bonificaciones, esto desde el mes de octubre de 2013 a septiembre de 2014 conforme se vislumbra en el cuadro No. 2».

Indicó que, una vez efectuada las operaciones aritméticas, teniendo en cuenta el total percibido por comisiones y bonificaciones del último año laborado por la demandante, más el salario básico de \$4.000.000,00, arrojó un salario promedio de \$4.771.314, conforme se estableció en primera instancia, para lo cual transcribió el cuadro de la liquidación.

Con relación al recurso de alzada que presentó la parte demandante, advirtió que,

[...] en el recurso impetrado se encuentran nuevos hechos y pretensiones que no figuran en el libelo introductorio, pues en la demanda, solo se persigue el reajuste de la liquidación de prestaciones sociales incluyendo las comisiones prepago y bonificaciones salariales, mas no se debate el descuento por comisión prepago ni se pretende que se incluyan en el salario promedio devengado los conceptos de auxilio de transporte, auxilio de póliza y demás primas presuntamente percibidas por la actora, y que ahora son solicitados en el recurso de apelación interpuesto,

no teniendo entonces esta Sala las facultades de fallar extra y ultra petita, sino limitarse al objeto del recurso al tenor de lo ordenado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por la Ley 712 de 2001, en su artículo 35, en virtud del principio de consonancia.

Aseveró en cuanto al reproche de la recurrente a la condena por la deferencia en la indemnización por despido injusto equivalente a \$225.567,00, que la misma *«rechaza la liquidación correspondiente al año 2014, toda vez que la actora laboró hasta el 11 de septiembre, lo que equivale a nueve meses y 11 días, y el Despacho tomó como tiempo laborado 10 meses y 11 días»*.

Anotó que la indemnización por despido injusto que le correspondía a la demandante, *«teniendo en cuenta el salario equivalente a \$4.771.314, asciende a la suma de \$64.730.826, pero como quiera que a la demandante le fue cancelado por este concepto la suma de \$64.755.808, resulta un saldo a favor de la actora por \$24.982»*.

Asentó que como el *a quo* condenó por este concepto al mayor valor de \$225.267,00, modificaba su decisión y, en su lugar, *«[...] se condenará a la demandada a pagar por concepto de diferencia de indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa la suma de \$10.361»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente textualmente que la Corte,

CASE la sentencia impugnada en cuanto revocó en su totalidad la de primer grado; para que en sede de instancia, revoque parcialmente el fallo de primer grado y condene a la Compañía COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A., al pago del reajuste de la liquidación final de las prestaciones sociales parciales y definitivas teniendo en cuenta lo correspondiente a las comisiones prepago y bonificaciones salariales como factores salariales, con sus respectivos intereses; que se condene a la empresa COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A., al pago reajuste de los aportes a pensión, teniendo en cuenta lo correspondiente a las comisiones prepago y bonificaciones salariales como factores salariales con sus respectivos intereses; que se condene a la empresa COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A. al pago de la indemnización moratoria de la que trata el artículo 65 del C.S.T. por las acreencias laborales dejadas de percibir por mi mandante; que se condene en costas a la empresa COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A.; Que se condene en virtud de los postulados de *extra y ultrapetita*. Sobre el pago de costas decidirá lo pertinente.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que fue replicado y se decide a continuación.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, «[...] los artículos 64, 65,

127, 192, 253 subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, y 306 del C.S.T».

En la sustentación del cargo esgrime que la decisión del Tribunal se fundó en varios aspectos entre los cuales destaca la liquidación que realizó con el promedio de los salarios devengados en el último año, reproduciendo para ello el siguiente cuadro:

MES DE SALARIO	TOTAL COMISIONES	DESCUENTO	FOLIO
Octubre 2013	\$847.009		216
Noviembre 2013	\$2.345.660		219
Diciembre 2013	\$45.841		222
Enero 2014	\$539.023		225
Febrero 2014	\$1.430.606		229
Marzo 2014	\$16.102		233
Abril 2014		-\$107.113	235
Mayo 2014	\$484.125		240
Junio 2014	\$1.134.535		244
Julio 2014		-\$142.011	246
Agosto 2014	\$2.652.831		249
Septiembre 2014	\$9.164		251
SOBRE EL SALARIO PROMEDIO	\$4.000.000		
TOTAL SALARIO PROMEDIO	\$4.771.314		

Resalta que la jurisprudencia tiene establecido que el salario variable para la liquidación de la indemnización por despido injusto y prestaciones sociales corresponde al «[...] promedio de lo devengado en los meses que laboró dentro de la anualidad en que se terminó el contrato».

Asevera que en la liquidación definitiva de prestaciones sociales que aparece a folios 212 y 213, «[...] consta que la iniciación de la relación laboral fue el 02 de noviembre de 1994 y la terminación el 11 de septiembre de 2014», con lo cual dice dar por demostrado que tanto la demandada como el

juzgador de primer grado y el Tribunal, reconocieron «[...] los extremos de la relación laboral, el pago de una indemnización por terminación unilateral del contrato, la liquidación definitiva de prestaciones sociales, las bonificaciones y comisiones como factor salarial y prestacional».

Advierte que, a pesar de lo anterior, el *a quem* confirmó la fórmula utilizada por el *a quo* para determinar el salario base con el cual se calculaba la indemnización por despido injusto y las prestaciones sociales definitivas, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los 12 meses anteriores a la terminación del contrato laboral.

Cita como apoyo de su aserto apartes de la sentencia CSJ SL4743-2018, para seguidamente concluir que,

Como consecuencia de lo anterior, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta, al considerar que para calcular el salario base para determinar el monto de las prestaciones sociales definitivas y la indemnización por terminación unilateral del contrato, se debe promediar lo devengado, después de descuentos, durante los 12 meses anteriores a la finalización del vínculo laboral, resultó interpretando erróneamente, los preceptos denunciados en la proposición jurídica, por lo que el cargo debe prosperar para que la Corte Proceda como se pide en el alcance subsidiario de la impugnación.

VII. RÉPLICA

Destaca que en el alcance de la impugnación se está solicitando que se «[...] CASE la sentencia impugnada en cuanto revocó en su totalidad la de primer grado [...]», sin

embargo, que en la sentencia de segundo grado no se revocó en nada la sentencia de primer grado, pues allí solo se modificó el monto de la condena impuesta en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de la primera instancia, *«[...] fijando un menor valor que el ordenado inicialmente por concepto de indemnización por despido; los numerales primero, tercero, cuarto, quinto y sexto de la parte resolutive del fallo de primera instancia fueron confirmados»*.

Por ello sostiene que al no coincidir lo solicitado por la recurrente con la realidad de lo sucedido en el trámite del proceso *«[...] el recurso se encuentra condenado al fracaso pues no se encuentra dentro de las competencias de esta Respetada Sala determinar oficiosamente el petitum de la demanda de casación»*.

Anota que, si en un grado de flexibilidad se admitiera asimilar las expresiones revocar y modificar, debía entenderse que lo que solicitado es *«[...] casar parcialmente la sentencia censurada únicamente en aquello que modificó la condena que se había impuesto en primera instancia, permaneciendo incólume la sentencia censurada en cuanto confirmó todos los demás aspectos del fallo de primera instancia»*.

Plantea que la recurrente propone un hecho nuevo en casación, pues en ninguna etapa del proceso cuestionó *«[...] si el promedio de los salarios variables para el pago de la indemnización por despido debía realizarse tomando el promedio de lo devengado durante los 12 meses anteriores a*

la terminación del contrato o de lo devengado durante el año en el que el contrato finaliza».

Estima que la censura se limita a citar de forma parcial la sentencia del Tribunal, «[...] sin que explique en que consistió el error alegado y cuál debe ser la interpretación que corresponde a la norma o normas que se alega como erróneamente interpretadas [...]», desconociendo la técnica del recurso extraordinario que se propone.

Sostiene que la censura deja de lado la principal razón tenida en cuenta por el Tribunal, la cual a su juicio es la siguiente:

“Al respecto, se percata esta Sala que, en el recurso impetrado se encuentran nuevos hechos y pretensiones que no figuran en el libelo introductorio, pues en la demanda, solo se persigue el reajuste de la liquidación de prestaciones sociales incluyendo las comisiones prepago y bonificaciones salariales, mas no se debate el descuento por comisión prepago ni se pretende que se incluyan en el salario promedio devengado los conceptos de auxilio de transporte, auxilio de póliza y demás primas presuntamente percibidas por la actora, y que ahora son solicitados en el recurso de apelación interpuesto (...)”.

En ese sentido, indica que no se desvirtúa la presunción de «[...] legalidad y acierto de la sentencia proferida por el Juez de Segunda instancia y por ello el cargo se encuentra condenado al fracaso».

Sostiene que el cuadro de la liquidación de promedios de salarios devengados citado en el recurso de casación no fue el único tenido en cuenta por el Tribunal para proferir su decisión, *«[...] como parece sugerirlo la parte demandante con el aparte de la sentencia citado dentro de la sustentación del cargo [...], por cuanto el Juzgado en 5 cuadros (folios 497 a 499) liquidó de manera separada los promedios para cada tipo de acreencias: cesantías, primas, indemnización y vacaciones, pretendiendo con ello, [...] inducir en esta Honorable Sala una idea equivocada del alcance de la decisión censurada por medio de citas descontextualizadas de su contenido».*

Asevera que en el cuadro No. 2, obrante a folio 498, se puede observar el promedio utilizado para calcular tanto las vacaciones como la indemnización por despido, *«[...] criterio de liquidación que resulta correcto y acorde con las enseñanzas de esta Respetada Sala frente a dicho tema en particular, como se puede observar en sentencia SL5527 de 2018».*

En ese sentido, luego de transcribir algunos apartes de la providencia citada, concluye que la liquidación de los promedios salariales devengados por la demandante *«[...] de ninguna manera contradice la jurisprudencia vigente de esta H. Sala y por tanto no puede llegarse válidamente a la conclusión de que existe una interpretación errónea de las normas incluidas en la proposición jurídica del cargo».*

Finalmente, arguye que,

[...] de accederse a la interpretación normativa propuesta por la parte demandante y liquidar su indemnización por despido tomando en consideración exclusivamente el valor de los salarios variables devengados durante el año 2014 por la demandante (excluyendo los variables de octubre, noviembre y diciembre de 2013) el resultado del promedio que se obtendría sería inferior al utilizado para liquidar tales acreencias en la sentencia y en consecuencia habría de llegarse indefectiblemente a la conclusión no solo de que mi representada nada le adeuda a la demandante sino que le habría pagado de más, lo que ratifica la buena fe con la que se ha actuado por parte de mi representada frente a la demandante, buena fe que de manera expresa se declaró en sentencia de primera instancia y se confirmó en segunda, sin que hubiese sido objeto de censura o ataque en el cargo.

VIII. CONSIDERACIONES

Aunque como lo anota la réplica, el alcance de la impugnación no es el más adecuado a las reglas técnicas mínimas del recurso extraordinario, en las que se ha dicho que debe distinguirse con claridad la pretensión del recurrente en cuanto a la sentencia del Tribunal de lo que persigue que debe producirse en instancia, lo cierto es que teniendo en cuenta el resultado del juicio, en concordancia con la fundamentación integral del recurso de casación, entiende la Corte que lo que se busca es el quebrantamiento de la sentencia de segundo grado, para que en instancia se modifique la condena impuesta en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en cuanto al valor de la diferencia en la liquidación de la indemnización

por despido sin justa causa, y se revoque la decisión en lo que le fue totalmente desfavorable.

Aclarado lo anterior, no es objeto de discusión que: *i)* las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido el 2 de noviembre de 1994; *ii)* la demandante recibía comisiones prepago y bonificaciones; *iii)* Colmédica Medicina Prepagada S.A. comunicó a la actora la finalización del contrato de trabajo a partir del 11 de septiembre de 2014; y *iv)* la demandante realizó liquidación de prestaciones sociales a la actora y pago indemnización por terminación del contrato sin justa causa.

En consecuencia, la Sala debe establecer si el *ad quem* incurrió en algún desatino al interpretar las normas acusadas en la proposición jurídica y los criterios establecidos por la jurisprudencia sobre el cálculo del salario base de liquidación de las prestaciones sociales y de la indemnización por despido, en cuanto al salario variable.

Al efecto, la censura afirma que erró el Tribunal al interpretar los preceptos denunciados en la proposición jurídica del cargo, al considerar que para calcular el salario base de liquidación de la indemnización por despido injusto y las prestaciones sociales se debe promediar el salario variable durante los 12 meses anteriores a la terminación del contrato de trabajo, cuando jurisprudencialmente se tiene sentado que, «[...] es el promedio de lo devengado en los meses que laboró dentro de la anualidad en que se terminó el contrato».

Debe destacar la Corte que el Tribunal estableció el salario base para liquidación de las vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa, con el promedio de lo devengado en el último año anterior a la terminación del vínculo laboral y, en ese orden, no se le puede endilgar que interpretó erróneamente un articulado, porque el alcance que imprimió a las normas que regulan el asunto se encuentra ajustado al correcto entendimiento cuando el salario es variable.

En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sala tiene por sentado que para la compensación de las vacaciones y la indemnización que establece al artículo 64 del CST, debían liquidarse, como lo dedujo el Tribunal, tratándose de salario variable, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Sobre este puntual aspecto el alcance que el *ad quem* imprimió a las normas que regulan el asunto se encuentra ajustado a lo expuesto en la sentencia CSJ SL5527-2018, tal como fue destacado por la réplica, así:

Expuestas las razones que fundamentaron la decisión del Tribunal y las del reparo del recurrente a la misma, esto es, que el ad quem se equivocó al no ordenar la reliquidación de la compensación de las vacaciones y la indemnización por despido injusto con el último salario devengado por la demandante, le corresponde a la Sala determinar si en la sentencia acusada se incurrieron en los dislates jurídicos que se le endilgan.

Afirma el censor, de una parte, que se aplicó de manera indebida el artículo 192 del CST, porque la situación la regula es el artículo 189 ibídem, e interpretó en forma errada el artículo 64 del mismo ordenamiento, en concordancia con el 53 de la C.P.

Se encuentra fuera de discusión, que a la actora se le reconoció y pagó a la finalización del contrato de trabajo, la compensación en dinero de las vacaciones, y la indemnización por despido injusto.

El Fallador de segundo grado consideró que estos conceptos se liquidaron de acuerdo con lo que disponen las normas que regulan el asunto. En cuanto al salario para liquidar las vacaciones, concluyó que si bien el artículo 189 del C.S.T., menciona que para la compensación en dinero se toma el último salario devengado por el trabajador, y como la actora percibió remuneración variable, este monto correspondía al promedio de lo devengado en el año anterior a la fecha en que se concede el descanso remunerado, como lo dispone el numeral 2º del artículo 192 del C.S.T.

Si bien en la proposición jurídica el recurrente no relaciona el artículo 189 del C.S.T., sí lo hace en la demostración del cargo cuando dice que la compensación en dinero de las vacaciones a la actora, no se hizo como lo dispone la referida norma.

El Tribunal en los argumentos que expuso en su decisión, afirmó que los artículos 189 y 192 del C.S.T debían interpretarse en forma armónica, lo que evidencia que no dejó de aplicar esta disposición como lo afirma el recurrente, por el contrario, aseguró que esta no podía tenerse en cuenta de manera aislada para definir el asunto, sino que se integraba con lo expuesto en el artículo 192.

Le asiste razón al recurrente en cuanto que el artículo 192 del C.S.T., regula la remuneración de las vacaciones de los trabajadores con vínculo contractual vigente, y que el artículo 189 del mismo ordenamiento, dispone la compensación de las mismas.

Sobre este particular asunto, conviene precisar los cambios que ha tenido el actual artículo 189 del C.S.T. El artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, disponía:

1. Es prohibido compensar en dinero las vacaciones. Sin embargo, el Ministerio del Trabajo podrá autorizar que se pague en dinero hasta la mitad de estas en casos especiales de perjuicio para la economía nacional o la industria.

2. Cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas en dinero procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que ésta exceda de seis meses.

3. Para la compensación en dinero de las vacaciones, en el caso de los numerales anteriores se tomará como base el último salario devengado por el trabajador.

Luego, el artículo 27 de la Ley 789 de 2002 modificó el numeral 2º, en los siguientes términos:

2. Cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas en dinero procederá **por año cumplido de servicio** y proporcionalmente por fracción de año, **siempre que este exceda de tres meses**.

Los apartes resaltados en negrilla y subrayados, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante las sentencias C-19 de 2004 y C-35 de 2005, respectivamente.

Entre tanto, el artículo 2 de **la Ley 995 de 2005, expresamente derogó el numeral 2º del artículo 189 del CST, quedando en los siguientes términos:**

«Artículo 1º. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

Artículo 2º. Vigencia. La presente ley rige a partir de su sanción y deroga las normas que le sean contrarias, en especial el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978 y **el numeral 2º del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo**, modificado por el artículo 27 de la Ley 789 de 2002.» (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 20 de la Ley 1429 de 2010, modificó el numeral 1º del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedó así:

1. Compensación en dinero de las vacaciones. Empleador y trabajador, podrán acordar por escrito, previa solicitud del trabajador, que se pague en dinero hasta la mitad de las vacaciones”

De manera que a lo largo de los cambios que ha tenido esta norma, es notorio que la compensación en dinero de las vacaciones resulta una excepción a la regla general, esto es, remunerar un periodo que le permita al trabajador gozar de un tiempo real de descanso, y así recuperar su fuerza de trabajo, luego de prestar el servicio a favor de su empleador.

Ahora bien, y con relación al salario base para compensar en dinero las vacaciones por finalización del vínculo laboral, es claro que a pesar de los cambios de esta norma, se ha mantenido constante en cuanto a que se “tomará como base el último salario devengado por el trabajador”.

El artículo 192 del C.S.T. modificado por el artículo 8 del Decreto 617 de 1954, instituye la remuneración de las vacaciones en ejecución del contrato de trabajo, en estos términos:

1. Durante el periodo de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, sólo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo suplementario o de horas extras.

2. 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.

De manera que, resulta diáfano que los artículos 189 y 192 del C.S.T. regulan situaciones jurídicas distintas, y por tal razón, no podía el Juez acudir a esta última con el argumento de que en forma específica regula el evento del salario variable, porque como se ha explicado, esta norma refiere a la remuneración de las vacaciones cuando se disfrutaban en tiempo, que no es el caso que ocupa la atención de la Corte.

De antaño así lo ha entendido esta Sala. En la providencia del 2 de diciembre de 1976, se dijo: «En efecto mientras el artículo 8º del Decreto Legislativo 617 de 1954 indica cuál es el salario que debe pagársele como remuneración de las vacaciones cuando las disfruta en tiempo, el artículo 14 del Decreto Legislativo 2351 de 1965 estatuye que el monto de la compensación monetaria de vacaciones no aprovechadas en tiempo por el empleador durante la vigencia del contrato de trabajo debe liquidarse con base en el último salario, sin excluir, cómo es obvio porque la ley no lo hace, ninguno de los elementos que conforme el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo.»

En consecuencia, sin necesidad de más consideraciones se concluye que el Tribunal incurrió en el yerro jurídico que se le endilga y en estas condiciones el cargo resulta fundado, sin que tal hecho conlleve a que se case la sentencia del Tribunal, porque la Sala en sede de instancia arribaría a la misma conclusión del ad quem, en cuanto que la compensación de las vacaciones, en el caso de la accionante que devengaba salario variable, se debe realizar con el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

El fundamento para llegar a esa conclusión es que si bien el numeral 3º del artículo 189 del C.S.T. menciona que «tomará como base el último salario devengado por el trabajador», también lo es que de acuerdo con lo señalado en el artículo 127 del mismo ordenamiento, «constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable», es decir, que para la compensación debe tenerse en cuenta según sea el caso, si se trata de remuneración invariable o movable, como fue el de la trabajadora que mes a mes era diferente, por lo que la aplicación armónica de los artículo 189

y 192 *ibídem*, permiten que dicho salario base para liquidar la compensación en dinero de las vacaciones, en el sub lite, resulte de promediar los ingresos obtenidos en el último año de servicios.

Y ello debe ser así, pues si se atendiera el criterio de la censura, esto es, que se deben compensar con el salario devengado en el último mes, en el evento de que este hubiera resultado inferior al monto que percibió durante el último año por ser variable, palmario es el perjuicio que sufriría el trabajador, circunstancia que se soslaya liquidando la obligación con los salarios devengados durante dicho período, es decir, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, como con tino concluyó la segunda instancia.

De viejo cuño este ha sido el entendimiento de esta Sala de Casación, aún desde el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, el que ahora se reitera. Así, por ejemplo, en la sentencia del 4 de agosto de 1952, se dijo:

Cuando las vacaciones no se otorgan en las oportunidades debidas, es necesario pagar el valor de ellas a la terminación del contrato y se calculan en razón del salario devengado en el momento en que se adquirió el derecho a ellas. Este sistema de liquidación consagrado para los trabajadores oficiales por el artículo 3º del decreto 2939 de 1944, está acogido para trabajadores particulares en reiterada jurisprudencia de este Tribunal supremo, y fue consagrado en el actual Código Sustantivo de Trabajo. Como el salario del demandante fue variable no solo en los últimos tres meses, sino en todo el tiempo de servicios, por ser un porcentaje sobre ventas, debe calcularse ese salario para el cómputo de vacaciones, sobre el promedio de lo devengado en el año a que corresponde el derecho, pues cabe la analogía de la norma sobre cesantía vigente en la época de la vinculación, por ser más equitativa que la escogencia de un mes determinado que estaría sujeto al aumento o disminución de las ventas.»

Con relación al cargo tercero, esto es la interpretación errónea del artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, en concordancia del artículo 53 de la Constitución Política, se debe indicar que el artículo 64 denunciado, no menciona en forma expresa que el salario con el que se debe liquidar esta indemnización, deba ser el último devengado por el trabajador despedido, pues simplemente menciona el salario entendido eso sí, en los términos del artículo 127 del C.S.T.

De manera que no pudo incurrir el Sentenciador en la infracción que se le endilga, porque no interpretó de manera equivocada el contenido de esta norma, ni mucho menos le dio un alcance que no correspondía, por lo que resulta acertado para obtener el valor de esta indemnización, en el caso de la actora quien percibía remuneración variable, promediar de acuerdo con lo devengado mensualmente en el último año de servicios, porque no resultaría

equitativo y menos favorable para la trabajadora que de haber sido despedida cuando menos salario devengó, fuera con ese monto con el que se le liquidara la referida indemnización.

Así, debe señalarse que la censura parte de una premisa equivocada, puesto que el Tribunal al reseñar que el *a quo* ante el salario variable de la actora «[...] procedió a calcular el salario promedio devengado durante el último año de la relación laboral incluyendo los conceptos de comisiones y bonificaciones [...]», lo hizo para referirse únicamente respecto del cuadro No. 2 «[...] incorporado al acta de audiencia de primera instancia visible del folio 497 al 499 del expediente Rad. 2015-00136[...], en el cual se vislumbra la anotación “SALARIO PROMEDIO BASE PARA INDEMNIZACIÓN Y VACACIONES”, lo que contradice que el mismo se haya realizado para la liquidación de las prestaciones sociales.

Y en cuanto al argumento de la censura según el cual las prestaciones sociales igualmente fueron liquidadas con el salario promedio de los últimos 12 meses anteriores a la terminación del vínculo laboral, que se limitó a enunciar de forma general sin que se percibiera la más mínima intención de demostrarlo, basta con señalar que si se verifican los cuadros números 4 y 5 que obran a folios 498 y 499 del expediente del proceso con Rad. 2015-00136, donde aparecen las liquidaciones de las cesantías y de la prima de servicios, se comprueba fácilmente que, contrario a lo manifestado por la censura, las cesantías fueron liquidadas con el promedio de la devengado del 1 de enero al 11 de septiembre de 2014; y la prima de servicios con el promedio

de lo devengado del 1 de julio al 11 de septiembre de 2014.

En consecuencia, el cargo no resulta fundado al constatarse que el Tribunal no cometió el dislate jurídico enrostrado al no haber distorsionado la recta aplicación de la batería normativa que atañe al cálculo del salario base de liquidación de la indemnización por despido injusto y las prestaciones sociales.

Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo de la recurrente, por cuanto la acusación no tuvo éxito y hubo réplica. Se fija como agencias en derecho la suma de \$4.700.000,00, que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia haga con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el veintisiete (27) de noviembre de dos mil veinte (2020) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CLARA ALICIA AARÓN ORDOÑEZ** contra **COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

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



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Presidente de la Sala



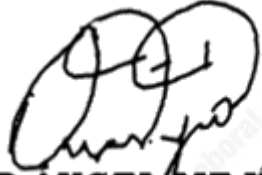
GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR