***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 21 de abril de 2016*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2014-00536-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: María Viviana Orrego López*

***Demandado:*** *Álvaro Hernán Mejía Mejía .*

***Juzgado de origen****: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Salario. Concepto.*** *Al tenor de los artículos 22 y 23 del Código Laboral, no es cosa distinta a la retribución (generalmente en dinero sin perjuicio de lo tocante al salario en especie) que hace el empleador al trabajador por el servicio personal y subordinado prestado por este. Este concepto se amplía no solamente a la parte denominada salario como tal, sino a todo aquello que “recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte” (art. 127 CST). Salario, pues, no es otra cosa, que el pago que se le hace al trabajador por el servicio que prestó y, está integrado, por todos aquellos pagos que busquen recompensar ese servicio de manera habitual.* ***Despido Injustificado. Carga probatoria****. El artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 63 del Estatuto Laboral, establece las justas causas que tienen, tanto el empleador, como el trabajador, para terminar de manera unilateral y justificada el contrato de trabajo. La carga probatoria, cuando el trabajador pretende que se declare injusto el despido y se le pague la correspondiente indemnización, consiste en demostrar que, efectivamente, el contrato se finiquitó por la decisión unilateral del empleador y, a contrario censu, le incumbe a este demostrar la justeza del despido, a través de la acreditación de la causal alegada.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintiún días (21) días del mes de abril de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 27 de enero de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***María Viviana Orrego López*** contra la sociedad ***Eje Veterinario SAS.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que la demandante persigue la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad demandada entre el 14 de julio de 2011 al 16 de abril de 2014; que su salario mensual durante toda la relación laboral ascendió a la cantidad de $ 1`400.000. Igualmente persigue que se declare que el contrato de trabajo culminó por las maniobras engañosas de su empleador y que su liquidación final no fue realizada con base en el salario real devengado. En consecuencia, pide se condene a la demandada a cancelar la diferencia de la reliquidación de las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social, las indemnizaciones por despido injusto, falta de consignación de las cesantías y la moratoria del art. 65 del C.S.T., más las costas procesales.

Fundamenta sus pedimentos básicamente en que inició su vinculación laboral con la demandada el día 14 de julio de 2011, para desarrollar actividades de peluquera canina y felina; que cumplía órdenes de Juan Guillermo Díaz Arango y Diana Cristina Salazar Torres; que las funciones eran desempeñadas de lunes a sábado de 9 a.m. a 5 p.m.; que el salario fue de $ 1`400.000 pagaderos en dos quincenas; que el 16 de abril de 2014 suscribió una carta de terminación del contrato por mutuo acuerdo entre las partes, convencida de que al cabo de 15 días retomaría sus funciones, tal cual lo acordó con la señora Salazar Torres; que recibió por concepto de liquidación final del contrato la suma de $622.827, empero, que nunca fue reintegrada a sus labores; y que el 6 de mayo de 2014 citó a su contraparte ante la Inspección de Trabajo, resultando infructuosa la conciliación.

Admitida la demanda, se dio traslado a la entidad demandada, quien aceptó la relación laboral, las funciones desarrolladas por la actora, la carta de terminación del contrato por mutuo acuerdo y los extremos laborales, aclarando el hito inicial del 14 de agosto de 2011. A los demás adujo no ser ciertos. Se opuso a las pretensiones arguyendo que las bonificaciones dependían del desempeño económico de la empresa y no de la prestación efectiva del servicio de la trabajadora. En su defensa, formuló las excepciones de “Improcedencia de la aplicación de la indemnización por terminación sin justa causa”,”Improcedencia del cobro de la sanción moratoria” e “Improcedencia de la inclusión de las bonificaciones o comisiones como factores salariales”.

***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza Tercera Laboral del Circuito de esta ciudad, luego de agotadas las etapas procesales correspondientes, dictó sentencia en la que declaró que entre la señora María Viviana Orrego López y la sociedad Eje Veterinario SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 14 de agosto de 2011 y hasta el 16 de abril de 2014, fecha en que culminó por causas atribuibles al empleador, y con un salario equivalente a $ 1`400.000. En consecuencia condenó a la demandada a cancelar el reajuste de las prestaciones sociales causadas durante el lapso en que se mantuvo vigente la relación de trabajo, así como de los aportes a la seguridad social con una base salarial de $ 1`284.000. Condenó al pago de $2`706.733 a título de indemnización por despido injusto y negó los demás pedimentos.

El pilar de la sentencia consistió en la aplicación de los artículos 127 y 128 del C.S.T. que establecen cuáles pagos constituyen o no salario, para afirmar que en atención a las pruebas allegadas al proceso, los pagos habituales realizados a la trabajadora constituían factor salarial, en tanto que, las cláusulas de exclusión contenidos en el contrato de trabajo resultan poco concretas y ambiguas, salvo la anotación consistente en el auxilio por valor de $ 120.000, el cual excluyó. Hizo referencia igualmente al artículo 64 ibídem que precisa la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y la indemnización correspondiente, manifestando que con las declaraciones de los deponentes citados a juicio, se logra determinar que si bien la sociedad demandada decidió adoptar nuevas medidas contractuales, para lo cual propuso a sus trabajadores romper el vínculo contractual existente a través de una carta de terminación por mutuo acuerdo, para así celebrar uno nuevo y reintegrarlos al cabo de 15 días, lo cierto es que la intención jamás fue romper el contrato de trabajo entre las partes, asentando además que, fue la entidad demandada la que decidió terminar el contrato al no permitir la reincorporación de la trabajadora.

***III. APELACIÓN.***

La demandada se alzó contra la anterior decisión, basando su inconformidad en la condena parcial a las bonificaciones salariales y la indemnización por despido injusto. Respecto al primero, sostuvo que la a-quo no tuvo en cuenta que las bonificaciones eran reconocidas por mera liberalidad en razón a las utilidades que recibía la empresa, por lo que no son salariales. Pide que de ser confirmada la decisión se le aplique el IPC a los $ 120.000 que fueron excluidos de la connotación salarial. Finalmente, sostuvo que la demandante fue quien se negó a firmar el nuevo contrato de trabajo, entendiéndose ello su renuncia tácita.

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte recurrente (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***IV. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico****.*

En orden a resolver el recurso de apelación planteado, la Sala deberá abordar los siguientes interrogantes:

*¿Las sumas adicionales recibidas por la trabajadora constituyen o no factor salarial?*

*¿Hay lugar a aplicar el IPC sobre las sumas recibidas como bonificaciones no salariales?*

*¿La terminación del contrato de trabajo se dio por renuncia en forma tácita de la trabajadora?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para desatar el primero de los interrogantes planteados, es indispensable precisar el concepto de salario, el cual al tenor de los artículos 22 y 23 del Código Laboral, no es cosa distinta a la retribución (generalmente en dinero sin perjuicio de lo tocante al salario en especie) que hace el empleador al trabajador por el servicio personal y subordinado prestado por este. Este concepto se amplía no solamente a la parte denominada salario como tal, sino a todo aquello que *“recibe el trabajador en dinero o en especie como* ***contraprestación directa del servicio****, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte” (art. 127 CST).*

Salario, pues, no es otra cosa, que el pago que se le hace al trabajador por el servicio que prestó y, está integrado, por todos aquellos pagos que busquen recompensar ese servicio de manera habitual. Así lo ha colegido la Sala de Casación Laboral en pacifica línea jurisprudencial, siendo pertinente citar un reciente pronunciamiento sobre el tema:

*“Al respecto debe recordarse que se especifica como «salario básico u ordinario», el primero de los componentes del «salario», y lo conforman los pagos que efectúa el empleador al trabajador como contraprestación directa del servicio, sea variable o fija, en dinero o en especie, sin importar cualesquiera de los tipos de contingencia o circunstancia a que se haya visto sometido el trabajador, siempre que haya laborado en el respectivo período (el día, la semana, la quincena o el mes) según acuerdo entre las partes. Este concepto, del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, sumado a los pagos de otros factores salariales como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones, entre otros, a condición de que también remuneren directamente servicios, conforma lo que la doctrina llama solo «salario»” (Sentencia SL4369 de 2015).*

A su turno, el artículo 128 ibídem establece que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medio de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales.

En lo que respecta a los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados en convención, contrato u otorgados en forma extralegal, se ha reiterado que tampoco serán salario, cuando las partes lo hayan dispuesto en modo explícito, claro y específico, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

En el caso puntual, alega la parte recurrente que las sumas y bonificaciones adicionales al salario mínimo legal mensual que recibía la trabajadora no constituían salario, puesto que eran entregados por mera liberalidad como participación a las utilidades que generaba la empresa.

Pues bien, obra en el expediente copia del contrato de trabajo a término indefinido suscrito por las partes (ver fl.89), en el cual se observa que el salario que pactaron fue el mínimo, el cual para el año 2011 era de 535.600. Adicionalmente, estipularon como cláusulas adicionales, el horario de trabajo y los pagos no constitutivos de salario, para lo cual, se hizo la transcripción literal del artículo 128 del C.S.T. y se indicó la exclusión del auxilio por valor de $ 120.000 mensuales.

También se aportaron algunos comprobantes de pago y planillas de nómina (ver fl.97, 103, 104, 105,109 y ss.), en los que se hace constar que la actora recibía un salario base igual al mínimo, además de comisiones por peluquería y bonificaciones por valor de $ 60.000 quincenales, recibiendo siempre un salario mensual superior al mínimo legal mensual vigente.

Militan igualmente, extractos de la cuenta de ahorros de la trabajadora (ver fl.23 a 29), en los que se relacionan transferencias electrónicas quincenales por valor de $700.000 durante los meses de abril de 2013 a febrero de 2014; así mismo dos certificaciones laborales fechadas el 6 de junio y 16 de octubre de 2013, en las que se hace constar que la señora María Viviana Orrego devengaba un salario mensual de $1`400.000.

Además de tales documentos, se recepcionaron las declaraciones de Germán Gustavo Moreno Córdoba y María Leonor Restrepo Sánchez –en condición de peluqueros caninos y felinos y en tal calidad como compañeros de la demandante-, quienes conducen al esclarecimiento de la verdad en torno al salario devengado por la demandante, pues no se avizora en ellos el ánimo de favorecer a alguna de las partes, en tanto que, sus relatos versaron sobre el conocimiento directo que tenían sobre cada uno de los hechos por los que se les interrogó. El primer deponente, sostuvo que las comisiones por animal peluqueado sólo se dieron con la demandante, pues cuando él ingresó se recibía quincenalmente una suma fija de $ 700.000, sin participación de las utilidades de la empresa; que él inicialmente devengó $ 1`100.000 y que con posterioridad lo igualaron al salario de la demandante, quien era más antigua; y que las prestaciones sociales les eran canceladas con base en el salario mínimo

Por su parte, María Leonor Restrepo Sánchez indicó que los peluqueros tenían un salario básico igual al mínimo, más las bonificaciones por utilidades y/o por desempeño laboral que les eran canceladas quincenalmente. Refirió que la empresa les entregaba colillas de pago independientes para la cancelación del salario básico y las bonificaciones por desempeño o utilidades.

Se escuchó también la declaración de Juan Guillermo Díaz, representante legal de Eje Veterinaria SAS, quien sostuvo que las bonificaciones otorgadas quincenalmente a los trabajadores dependían de las labores cumplidas y las utilidades obtenidas; que los pagos de peluquería se daban por labor cumplida, esto es, por motilar animales.

Finalmente, Diana Cristina Salazar Torres, socia y esposa del representante legal, indicó que el salario devengado por los peluqueros siempre fue variable, que recibían un básico igual al mínimo legal más bonificación por participación de utilidades, la cual no tenían connotación salarial; sin embargo, con posterioridad adujo que la empresa estableció un promedio de utilidades, y en razón a ello, le asignó a los trabajadores una suma fija mensual por valor de $ 1`400.000 mensuales.

De lo anterior, se extrae que los pagos efectuados a la demandante por concepto de bonificación y comisiones por peluquería corresponden a la remuneración directa e inmediata al que hace alusión la ley con ocasión de la relación subordinada de trabajo, pues dichos pagos fueron concebidos en forma habitual como contraprestación -del desempeño- directo del servicio, amén de que la sociedad demandada decidió a motu proprio determinar una suma fija mensual equivalente a $ 1´400.000 para los peluqueros, según lo indicaron Diana Cristina Salazar Torres y Germán Gustavo Moreno Córdoba; situación que se corrobora con las certificaciones laborales expedidas por la sociedad demandada y las transferencias electrónicas relacionadas en los extractos bancarios de la cuenta de ahorros individual de la actora.

Ahora, pese a que en el contrato de trabajo se estableció en forma precaria que el “auxilio por valor de $120.000 mensuales” no era constitutivo de salario, considera la Sala que la trabajadora debió ceder a dicha condición impuesta por su empleador y suscribir el contrato de trabajo aceptando lo contenido en el mismo, sin que esa circunstancia ponga en entredicho su naturaleza como retribución propia a la prestación del servicio, pues si bien se pretendió desnaturalizar ese estipendio enmarcándolo como una participación de utilidades, lo cierto es que dicha afirmación quedó sin sustento probatorio dentro del plenario, pues la bonificación entregada a la trabajadora se dio en un valor constante de $ 60.000 quincenales, cuando como es sabido, la participación de utilidades es una prestación generalmente variable, en la medida en que pende de los resultados del proceso económico de la empresa. Refuerza la tesis, la declaración de Germán Gustavo Moreno, quien sostuvo que desde su vinculación a la empresa -Agosto de 2012- nunca les fueron entregados este tipo de prestaciones, pues los peluqueros devengaban una suma fija. De modo pues que la cláusula de exclusión salarial plasmada en el contrato, resulta ser ineficaz, por lo que se equivocó la sentenciadora de primer grado al otorgarle validez a dicha formalidad.

Así pues, indubitablemente el reconocimiento de la naturaleza salarial de los $120.000, desvanece completamente la solicitud del recurrente tendiente a se aplique sobre esa cantidad el IPC correspondiente a cada anualidad, a efectos de disminuir las prestaciones sociales y aportes a seguridad social de la trabajadora al tener una base salarial inferior.

No obstante lo dicho, debe advertirse que en aplicación del principio procesal de la non reformatio in pejus no le es dable a esta segunda instancia hacer más gravosa la situación del apelante único, imponiéndole una condena superior a la establecida por la a-quo, por lo que habrá que confirmar este aparte de la sentencia apelada.

En torno al ataque dirigido a cuestionar la imposición de la indemnización por despido injusto, concretamente por que la terminación del contrato no se dio por la decisión de los socios sino que fue la trabajadora quien de manera tácita manifestó su voluntad de renunciar negándose a la suscripción del nuevo contrato, habrá que decir que con las pruebas testimoniales vertidas en la actuación queda suficientemente acreditado que la demandante suscribió la carta de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, impulsada por el ofrecimiento que su empleador le hiciere de mejorar sus condiciones salariales y restablecer el contrato de trabajo al cabo de quince días siguientes la suscripción de la carta de terminación, pues los declarantes German Gustavo Moreno y María Leonor Restrepo Sánchez, dieron fe de que en la reunión a la que fueron citados a mediados de abril de 2014, incluida la demandante, se les entregó la carta de terminación del contrato por mutuo acuerdo, se les explicó que debían firmarla para después suscribir un nuevo contrato de trabajo y posteriormente reintegrarlos a sus funciones normales una vez finalizara el periodo vacacional de 15 días.

Dicha situación se cumplió con el señor German Gustavo Moreno Córdoba, quien entre otras cosas, resaltó en su declaración que la suscripción que hizo del nuevo contrato de trabajo se llevó a cabo el día en que debió retomar sus funciones en la empresa, y no al momento de firmar la carta de terminación por mutuo acuerdo como lo indica la recurrente, quien alega que la demandante se negó a firmar la nueva convención.

Adicional a ello, se tiene que Diana Cristina Salazar Torres fue clara en manifestar que tres días antes de que se cumpliera el plazo para efectuar el reintegro de la demandante, los socios de la empresa tomaron la decisión de que esta no seguiría laborando con ellos, debido al plan de reducción en los servicios de peluquería por el que optaron.

Así las cosas, aprecia la Sala que el verdadero motivo de terminación del contrato fue la intención del empleador de terminar la relación laboral al decidir no reintegrar a la trabajadora nuevamente a sus funciones y no el mutuo acuerdo como lo plantea el recurrente, por cuanto, tal como se explicó precedentemente, la intención de las partes a la fecha de suscripción de la carta de terminación, no era romper el vínculo laboral existente sino formalizar las nuevas condiciones laborales a través de otro contrato.

Por otra parte, se considera que la potestad de la trabajadora estuvo viciada por error, puesto que aquella suscribió la referida dimisión convencida de que al cabo de quince días continuaría ejecutando las labores, tal cual ocurrió con su compañero de trabajo, German Gustavo Moreno Córdoba, por lo que no puede prohijarse el comportamiento de la sociedad demandada y por tanto procede la indemnización por despido injustificado, pues no se estableció una de las justas causas para terminar el contrato.

En consecuencia, se confirmará en su integridad la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Confirma** la sentencia proferida el 27 de enero de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito dentro del proceso que **María Viviana Orrego López** le promueve a Eje Veterinaria SAS.
2. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

Magistrado Magistrada