El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría.

Providencia: Sentencia del 29 de Septiembre de 2015

Radicación No.: 66001-31-05-003-2014-00213-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Floralba Pinilla Lozada

Demandado: Jardines de la Esperanza S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema: carga de la prueba EN MATERIA DE SUSTITUCIÓN PATRONAL:** para que la sustitución patronal opere debe evaluarse si el contexto fáctico encuadra dentro del supuesto de hecho del artículo 67 del C.S.T., norma que consagra que todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, se dará siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de la sus actividades o negocios, lo que resulta relevante en la medida que la sola sustitución patronal, en términos del artículo 68 del C.S.T. no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes. **SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES:** al no contar con la claridad de las comisiones por ventas que constituyen la variabilidad de los ingresos reales de la trabajadora, no queda más que establecerse que la base salarial es la denunciada como Ingreso Base de Cotización Mensual en cada uno de los ciclos de cotización relacionados en el reporte de semanas cotizadas aportado por la demandante, y en cuanto a los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2012, que no se encuentran contenidos en el reporte proporcionado (folio 17), se aplicará el último salario efectivamente reportado, que al corresponder a un poco más del salario mínimo, resulta más que adecuado.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón

Acta No. \_\_\_\_

(Septiembre 29 de 2015)

Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 10:30 a.m. de hoy, martes 29 de septiembre de 2015, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Floralba Pinilla Lozada** en contra de **Jardines de la Esperanza S.A.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los fundamentos de los argumentos expuestos en las alegaciones se tuvieron en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el día 16 de septiembre de 2014.

**PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER**

En el sub-lite queda por fuera de discusión la existencia del contrato de trabajo a término indefinido que ató a los sujetos de la presente Litis, el extremo final de tal relación laboral, las funciones desempeñadas por la trabajadora demandante y la terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo por parte de su empleador. Así, el problema jurídico se contrae a verificar: i) de acuerdo al materia probatorio que obra válidamente en el proceso, cuál debe ser el extremo inicial de la relación laboral ii) si la indemnización otorgada por el empleador a la trabajadora, con ocasión de la terminación unilateral del contrato de trabajo se ajusta a los términos de ley, y iii) si la liquidación de las prestaciones sociales de la demandante se hizo con base al promedio del salario que realmente percibía.

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

En este resumen de hechos es posible prescindir de la mención de aspectos que han quedado por fuera de discusión en virtud de la forma en que ha sido fijado el litigio y el problema jurídico a resolver. De suerte que los antecedentes se presentan de la siguiente manera:

La demandante pretende que se declare que laboró para la empresa demandada desde el 1 de octubre de 1996 y hasta el 27 de noviembre de 2012. Como consecuencia de la declaración, solicita que se condene al reajuste de la liquidación de prestaciones sociales y la indemnización por despido injusto, de acuerdo al salario promedio efectivamente devengado, así como al pago de la indemnización por la moratoria de prestaciones sociales adeudadas por su ex-empleador y las horas extras laboradas.

Para fundar sus pretensiones afirma que laboró como asesora comercial de la empresa demandada entre el 1º de octubre de 1996 y el 27 de diciembre de 2012; que su vinculación se dio a través de contrato de trabajo a término indefinido, y que finalizó anticipadamente por despido injusto de su empleador.

En relación al salario, indicó que este era variable, de acuerdo a las comisiones por ventas, siendo su salario promedio a la fecha de terminación del contrato la suma de $942.000; suma que entraña lo concerniente a trabajo suplementario, horas extras, dominicales y festivos, pues su jornada laboral iniciaba a las 8 am y se extendía hasta las 8 pm, de lunes a sábado, y trabajaba en ocasiones hasta las 12 am y hasta los domingos.

En lo concerniente a la terminación del contrato de trabajo, informó que el Gerente General de la sociedad le notificó la terminación del contrato de trabajo y le pagó la indemnización por despido injusto y la liquidación correspondiente al tiempo laborado, sobre un salario base de $283.350 y no el promedio efectivo por ella devengado.

La demandada respondió a los hechos asegurando que si bien el contrato de trabajo existió y finalizó por la causa y en el tiempo indicado por la demandante, el inicio del mismo no corresponde a lo narrado, puesto que el inicio de la relación laboral fue a partir del 1º de enero de 2001. Así mismo, aceptó el salario variable de la trabajadora, en el que se incluían todos los conceptos del art. 127 del CST, y negó que fuera el expresado en la demanda, pues efectivamente se promedió por la entidad para obtener la base de la liquidación de prestaciones sociales y la indemnización de despido injusto, conceptos por los que la empresa consignó ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira la suma de $8.119.270, superando con creces lo afirmado o pretendido por la demandante. Igualmente, aseguró que no es cierto que la actora estuviera sometida a jornada laboral alguna, pues su labor de asesora de ventas se encontraba determinada en relación a la programación que ella misma realizara con sus clientes.

Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de mérito que denominó “Prescripción”, “Buena fe”, “Inexistencia de la obligación”, “Pago” y “Compensación”.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La falladora de primera instancia decidió negar la totalidad de las pretensiones de la demanda, declarar probadas las excepciones de mérito denominadas “Inexistencia de la obligación” y “Pago”, condenando en costas procesales a la demandante.

Para arrimar a tal determinación, la A-quo consideró que de acuerdo a la falencia probatoria frente a la demostración de la ocurrencia de la figura de unidad de empresa o sustitución patronal entre Jardines la Esperanza S.A. y Servicios Exequiales S.A., con quien la actora firmó contrato de trabajo a término fijo el día 1º de octubre de 1996, continuándose la relación hasta el 2001, de acuerdo a los aportes a la seguridad social efectuados por tal empresa, y la no previsión de solicitud de la demandante encaminada a demostrarla; se tiene que ambas entidades son completamente independientes y por tanto las relaciones laborales de ellas surgidas, no guardan relación alguna. Así mismo soportó tal afirmación en la prueba documental del certificado de existencia y representación de Jardines la Esperanza S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Manizales, que contempla que dicha entidad existe desde 1971, operando una fusión por absorción de diferentes empresas, sin que ninguna de las mencionadas obedezca a la denominada Servicios Exequiales S.A.

Así, partiendo del extremo inicial acreditado por el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la demanda, fechado para el 1 de enero de 2001, la falladora encontró que, al comprobar los aportes a la seguridad social, las consignaciones por concepto de cesantías y los pagos de vacaciones, el salario de Floralba Pinilla Lozada siempre fue variable, advirtiendo que la entidad empleadora atendió al promedio real devengado por la trabajadora, incluso superando en algunos casos el monto obtenido por el Juzgado en la verificación, por lo que no aplica el reajuste peticionado, al no contarse con la necesaria precisión sobre las comisiones obtenidas, por lo que la base de la liquidación sería en todo caso la reportada a la seguridad social.

En cuanto a la liquidación de las prestaciones a la fecha de terminación del contrato de trabajo, comprobó que el salario promedio allí utilizado no fue de $283.350, como se afirma en la demanda, sino de $703.166, que fue la obtenida por el juzgado al promediar los últimos 12 meses de salario devengado, por lo que no encontró necesaria la modificación.

Finalmente, en lo que respecta al monto de la indemnización por despido injusto, la jueza de primer grado no encontró error alguno, pues al no haberse comprobado un extremo inicial del contrato de trabajo distinto al que tuvo en cuenta la empresa, se obtiene que lo pagado por este concepto es incluso superior al cálculo realizado por el Despacho.

1. **PROCEDENCIA DE LA CONSULTA**

Como quiera que la sentencia resultó totalmente desfavorable a los intereses de la trabajadora demandante y además, no fue apelada, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **SUCESIÓN PATRONAL, SALARIO BASE DE LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES Y RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO**

Tal como quedó establecido desde la determinación del problema jurídico que deberá resolver esta Corporación, es necesario identificar la fecha del extremo inicial del contrato de trabajo celebrado entre la señora Floralba Pinilla Lozada y la sociedad Jardines de la Esperanza S.A., con apoyo en las pruebas que obran válidamente en el proceso; ello teniendo en cuenta que la demandante afirma, tal como se aprecia a la lectura del hecho octavo de la demanda, que ingresó a trabajar para la sociedad comercial JARDINES DE LA ESPERANZA S.A. el día 1º de octubre de 1996, mientras para la empresa, en cambio, apelando a la información contenida en la Historia Laboral de aportes a pensiones y al contenido del contrato mismo, asegura que el extremo inicial de aquella relación laboral fue el 1º de enero de 2001.

Como preámbulo, debemos advertir que en la demanda no existe ni una sola mención de la existencia de la empresa denominada “COMPAÑÍA DE SERVICIOS EXEQUIALES”, pese a que esta es quien figura como empleadora de la demandante entre octubre de 1996 y diciembre del año 2000, según consta en el reporte de semanas cotizadas a pensiones (fl. 12), expedido por el ISS (Hoy Colpensiones), documento que fue aportado precisamente por la demandante.

Igualmente milita en el expediente, en medio magnético y como documento escaneado un poco ilegible, copia del contrato de trabajo celebrado entre la demandante y la mentada empresa, del que se destaca que fue suscrito el día 1º de octubre de 1996, para un término fijo inicial de 4 meses, que se extendió, según lo que infiere del reporte de semanas cotizadas en pensiones, hasta el mes de diciembre del año 2000.

Luego entonces, interpretando el sentido de la demanda de acuerdo a lo pretendido, más que a lo narrado como supuestos fácticos, entendemos que el demandante intuye que en su caso operó el fenómeno o ficción jurídica que la legislación denomina “sucesión patronal”, entre la “COMPAÑÍA DE SERVICIOS EXEQUIALES” y el último empleador, esto es, JARDINES DE LA ESPERANZA S.A.

No obstante, como ya se ha dicho, la demanda no ofrece ninguna luz al respecto, pues ni siquiera hace el necesario relato de la ocurrencia de los supuestos hecho que deben verificarse y ser comprobados para que dicho fenómeno legal opere.

 Recientemente lo señaló esta Corporación en ponencia de quien hoy cumple igual encargo, que para que la sustitución patronal opere debe evaluarse si el contexto fáctico encuadra dentro del supuesto de hecho del artículo 67 del C.S.T., norma que consagra que todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, se dará siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de la sus actividades o negocios, lo que resulta relevante en la medida que la sola sustitución patronal, en términos del artículo 68 del C.S.T. no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes. (Sentencia del 12 de junio de 2012, proferida dentro del proceso promovido por Manuel Alberto Montoya Moreno en contra de Diego Alberto Trujillo Ramírez, Rad. 2012-00596).

 Lo cierto es que para evaluar la coincidencia de objetos sociales entre la empresa COMPAÑÍA DE SERVICIOS EXEQUIALES y la demandada JARDINES DE LA ESPERANZA S.A., era necesario, al menos, contar con el certificado de existencia y representación de aquella primera empresa que contrató a la demandante en el mes de octubre del año 1996 y fue su empleadora hasta diciembre del año 2000, de cuyo contenido ciertamente se habría podido extraer para ser cotejado el objeto social de una y otra empresa, a efectos de comprobarse, por ejemplo, que la persona jurídica o establecimiento público fue liquidado, cedido, donado, vendido, etc., y que su objeto social siguió siendo explotado por JARDINES DE LA ESPERANZA S.A., con quien la demandante suscribió contrato en enero del año 2001.

De este modo, para probar la existencia de una sustitución patronal, el ordenamiento jurídico no prevé prueba ad sustanciam actus, pudiendo el juez, en consecuencia, establecerla por cualquiera de los medios probatorios posibles. Igualmente de acuerdo a la regla general en materia probatoria consagrada en el artículo 177 del código de procedimiento civil, es deber de la parte interesada demostrar el supuesto de hecho para generar el efecto jurídico que se persigue.

Así, se encuentra que el interesado, en este caso la demandante, debía demostrar que operó la figura de la sustitución de empleadores y que por ende no existe solución de continuidad del primero de los contratos celebrados con la COMPAÑÍA DE SERVICIOS EXEQUIALES. Sin embargo, ningún esfuerzo hizo la demandante para lograr tal propósito, pues ni siquiera en la demanda se pidió que se declarara que había operado dicha ficción legal en los términos del artículo 67 y 68 del C.S.T.

De esta manera no resulta posible para la Sala desprender que el giro normal de los negocios de la mencionada sociedad guarda relación directa con las funciones de Jardines la Esperanza S.A. y que por ende la demandante cumplía en idénticas circunstancias servicios para ambas. Así no es posible declarar el extremo inicial del vínculo contractual desde 1996, tal como pretendía la actora, pues no se determinó que los contratos mencionados guarden efectiva relación.

Por lo anterior, no procede la modificación del extremo temporal inicial del contrato de trabajo que existiera entre Jardines la Esperanza S.A. y Floralba Pinilla Lozada, declarándose el 1º de enero de 2002 como el inicio del mismo y el 27 de diciembre de 2012 como fecha de su terminación.

Continuando con la resolución del problema jurídico aquí planteado, se hace necesario verificar el promedio de los salarios obtenidos por la demandante en el último año, pues de ello se desprende el posible reajuste que hubiese que efectuar tanto a la liquidación de prestaciones sociales como a la indemnización de despido injusto otorgada a la terminación del contrato entre las partes. Para esto, al no contar con la claridad de las comisiones por ventas que constituyen la variabilidad de los ingresos reales de la trabajadora, no queda más que establecerse que la base salarial es la denunciada como Ingreso Base de Cotización Mensual en cada uno de los ciclos de cotización relacionados en el reporte de semanas cotizadas aportado por la demandante, y en cuanto a los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2012, que no se encuentran contenidos en el reporte proporcionado (folio 17), se aplicará el último salario efectivamente reportado, que al corresponder a un poco más del salario mínimo, resulta más que adecuado. Así, en esta instancia se coincide con la Jueza de primer grado, al obtener un promedio salarial para el último año de $703.166, al efectuar la operación de sumar cada uno de los salarios reportados y dividirlo por los 12 meses justamente laborados.

Teniendo claro el resultado anterior, tanto como el planteamiento inicial, procede la Sala a determinar el segundo problema jurídico por resolver, en lo concerniente a la indemnización por despido injusto, para lo que basta comprobar si el monto pagado a la demandante se ajusta a lo establecido en el art. 64 literal a) del Código Sustantivo del Trabajo, pues no se discute la calificación injusta (o más bien, sin justa causa) de la terminación del contrato y ya se obtuvo el promedio salarial aplicable.

De este modo, tenemos que desde el 1º de enero de 2001 hasta el 27 de diciembre de 2012, el contrato tuvo una duración de 11 años, 11 meses y 26 días, lo que al aplicarle las reglas contenidas en la normatividad, adjudica a la demandante el derecho a recibir 30 días de salario por el primer año, 180 días por los restantes 10 años a la tasa de 20 días por cada uno, y por la fracción de 11 meses y 27 días, 19,83 días, lo que resulta en un total de 249.43 días de salario a favor de la demandante, lo que nos arroja un total de $6.726.038 a título de indemnización por despido injusto. Es así que no existe ninguna diferencia entre lo calculado en esta sede judicial y la suma que por tal concepto pagó la demandada.

Por último, en lo concerniente a la liquidación de las prestaciones sociales como tercer problema jurídico por resolver, se encuentra que la consignada por la demandada obrante a folios 35 y 74, determina como un salario base $283.350, pero que al efectuar la operación pertinente, aplica el promedio del salario variable del último año para cada prestación, que es incluso superior al resultado obtenido tanto en primera instancia como en esta, no desconociendo la empleadora los derechos laborales de la trabajadora.

Colorario de lo anterior, en sede jurisdiccional de consulta, la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, encontrando coincidencia en las consideraciones y resolución de la Falladora con las hasta aquí planteadas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Floralba Pinilla Lozada** encontra de **Jardines de la Esperanza S.A**.

**SEGUNDO.-** Sin costas en esta instancia.

 **Notificación surtida en estrados. Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

 No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ DE LA MAÑANA, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**JELYNE MONSALVE OSPINA.**

Secretaria Ad-Hoc.