El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia**: Sentencia – 2ª instancia – 31 de enero de 2017

**Radicación No**:66001-31-05-002-2014-00425-01

**Proceso**:Ordinario Laboral – Revoca y accede a las pretensiones

**Demandante**: Jassany Alejandra Pino Castaño

**Demandado:** María Braulia Taba de Nieto – Luz Aleida Nieto Taba

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

**Temas a tratar: DE LOS EXTREMOS DE LA RELACIÓN LABORAL:** Acreditada la existencia del contrato de trabajo, debe también demostrarse los extremos de la relación, necesarios para realizar la cuantificación de las liquidaciones e indemnizaciones que se reclamen en la demanda. Sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también ha establecido que en los eventos en que no se conoce con exactitud los extremos temporales de la relación laboral, éstos se pueden dar por establecidos en forma aproximada si se tiene certeza de la prestación de un servicio en un determinado periodo y con esta información calcular los derechos laborales a que tiene el derecho el demandante.

**CONTRATO DE TRABAJO – REPRESENTANTES DEL PATRONO – ARTÍCULO 32 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO:** Dispone el artículo 32 del C.S.T. que son representantes del empleador y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las personas que ejerzan funciones de dirección o administración, quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador y, los intermediarios.

**APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES**: Dadas las manifestaciones expuestas en la demanda y los dichos de los testigos, la Sala percibe que las causas que rodearon el finiquito de la relación laboral que unió a las partes, debe analizarse con un enfoque diferencial, bajo la óptica de la perspectiva de género, en aplicación de la Ley 1257 de 2008 y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer “CEDAW”.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a treinta y uno (31) de enero de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y treinta minutos de la mañana (09:30 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora respecto de la sentencia proferida el 04 de diciembre de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Jassany Alejandra Pino Castaño** en contra de las señoras **María Braulia Taba de Nieto** y **Luz Aleida Nieto Taba**,radicado bajo el N° 66001-31-05-002-2014-00425-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Demandadas y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

* 1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

La señora Jassany Alejandra Pino Castaño solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la señora María Braulia Taba de Nieto, que tuvo ocasión entre el 30/09/2011 y el 09/07/2012, cuando fue terminado sin justa causa; en consecuencia solicita se condene a la demandada al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensiones, indemnización por despido injusto, moratoria, por despido en estado de embarazo, lo ultra y extra petita que resulte probado y las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) se vinculó a través de un contrato a término indefinido con la demandada, quien es la propietaria del establecimiento de comercio “Restaurante la 34”; (ii) las funciones desempeñadas fueron las de mesera, las que desempeñó entre el 20/09/2011 y el 09/07/2012, en una jornada diurna de 9 horas, por lo que percibía como salario el equivalente al mínimo legal vigente; (iii) el 09/07/2012 la empleadora dio por terminado el contrato de trabajo, sin que mediara justa causa, momento para el cual se encontraba en estado de embarazo; (iv) durante la ejecución del contrato no fue afiliada a la seguridad social; (v) al término del contrato no le fueron liquidadas las cesantías y sus intereses, las primas, vacaciones, indemnización por el finiquito de la relación laboral y por su estado de embarazo y, por mora en el pago de los créditos laborales adeudados a ese momento.

Laseñora **María Braulia Taba de Nieto-,** a través de su apoderado judicial se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que desde hace más de 14 años vive en Barcelona (España) , que cuando residía en Colombia fue propietaria del establecimiento de comercio “Asadero la 34”, el que cedió en arrendamiento con opción de compra a su hija Ángela Milena Nieto Taba, quien es la propietaria y en esa condición empleó a la actora, pero quien afirma que hace 3 años concilió con la misma el pago de lo aquí reclama. Ahora, con el certificado de matrícula mercantil allegado, se puede advertir que el establecimiento de comercio actualmente se denomina “Restaurante y Piqueteadero La 34” y es de propiedad de la señora Luz Aleida Nieto Taba, quien aduce no conocer a la demandante; propuso como excepciones de mérito las que denominó “Falta de causa para demandar”, “Cobro de lo no debido”, “Inexistencia de la obligación”, “Mala fe y temeridad”, “Prescripción” y “Legitimación en la causa por pasiva”.

La parte actora reformó la demanda, para agregar que al momento de presentar la demanda aportó certificado de cámara de comercio en el que se indicaba que la señora María Braulia Taba de Nieto, era la propietaria del establecimiento de comercio “Restaurante la 34”, de acuerdo a lo contestado por ella, en relación con la cesión a su hija Luz Aleida Nieto Taba del referido establecimiento comercial, hubo sustitución patronal por cambio de empleador, por lo que las referidas son solidariamente responsables de las obligaciones contraídas por la demandada principal; como consecuencia de ello, citó a esta última como demandada y pretende que se le declare solidariamente responsable del pago de las acreencias laborales solicitadas en este proceso.

Admitida la reforma indicada y dados los requisitos legales, se ordenó el emplazamiento de la señora **Luz Aleida Nieto Taba**, quien a través de curador *ad-litem* contestó la demanda, pero que luego de ser inadmitida, se tuvo por no contestada dada la falta de subsanación correspondiente.

* 1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de condenar en costas a la parte actora, al actuar bajo la figura de amparo de pobreza.

Para arribar a la anterior conclusión expresó que de conformidad con el artículo 24 del C.S.T. existe una presunción de contrato de trabajo a favor de la persona que demuestre la prestación personal del servicios, evento en el cual, la carga de la prueba se traslada a la parte contraria. Sin embargo, en el presente caso como una de las demandadas no compareció al proceso, le corresponde al Juzgado estudiar cada una de las pretensiones, según la carga probatoria que le asista a las partes, por lo que en relación con la demandante le correspondía demostrar que efectivamente prestó sus servicios a favor de las demandadas y también el hecho del despido.

Para el efecto, solo aportó certificado mercantil en el que consta que la señora María Braulia Taba estaba inscrita como comerciante para el expendio de comidas.

Ahora del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, se extrae que ella fue contratada por una hija de la señora María Braulia, esta última a quien nunca conoció, desempeñándose en oficios varios.

Por su parte, de los testigos se puede concluir que la actora se desempeñó como mesera en un establecimiento de comercio que denominaron “La 34” sin que exista prueba de su nombre inscrito, ni pueda determinarse que las personas que se beneficiaron de su servicio fueron las demandadas, pues lo que se indicó es que quien se proclamaba como dueña, quien impartía órdenes, se encargaba de velar por el cumplimiento de horarios, quien asumía la responsabilidad de la contratación de los empleados era la señora Ángela, en consecuencia, no se acreditó la prestación personal de servicios respecto de las demandadas, como sí aconteció con esta última, pero como no fue citada como demandada, tampoco hay lugar de emitir condena en su contra.

* 1. **Síntesis del recurso de apelación**

El apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación y argumentó que si la demanda se hubiere radicado en contra de la señora Ángela, claramente la defensa se hubiere enrutado en que en el certificado de la cámara de comercio estaba a nombre de un tercero y también hubiera prosperado la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, de tal manera que cuando se prestan servicios en un establecimiento de comercio debe demandarse a quien figure como propietario, como en efecto se hizo.

En el presente caso, de conformidad con el artículo 32 del C.S.T., la señora Ángela debía ser considerada como “una representante del patrón”, es decir, de la señora María Braulia Taba de Nieto, porque aquella fungía como administradora y ese hecho no exime a esta de responsabilidad, porque continua siendo ella quien aparece inscrita en el certificado de cámara de comercio, de tal manera que al haberse probado la prestación personal del servicio sí había lugar a acceder a las pretensiones, obviamente, conforme a los extremos indicados por los testigos y apartándose de lo expuesto en la demanda.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes interrogantes:

1.1. ¿Existió entre las señoras Jassany Alejandra Pino Castaño y María Braulia Taba de Nieto un contrato de trabajo a término indefinido entre el 20 de septiembre de 2011 y el 09 de julio de 2012?

1.2. De conformidad con la respuesta anterior ¿Hay lugar a condenar a la parte demandada a reconocer y pagar los conceptos laborales solicitados en el libelo introductorio?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

Con el propósito de dar solución a los anteriores interrogantes, se considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

**2.2. Contrato de trabajo y elementos extremos temporales de la relación laboral**

**2.2.1 Fundamento Jurídico**

Para desentrañar los problemas jurídicos planteados se hace necesario recordar, que los elementos esenciales que se requieren concurran para la configuración del contrato de trabajo, son: la actividad personal del trabajador, esto es, que el trabajador realice por sí mismo, de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que faculta a éste para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (artículo 23 C.S. del T.).

Estos requisitos los debe acreditar el demandante, de conformidad con el art. 177 del C. P.C. que se aplica por remisión del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S.; carga probatoria que se atenúa con la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S. del T., a favor del trabajador, a quien le bastará con probar la prestación personal del servicio para dar por sentada la existencia del contrato de trabajo, de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar tal presunción legal; criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes providencias, entre las que se encuentra la del 24-04-2012, rad. 39600[[1]](#footnote-1).

**2.2.2 Fundamento fáctico**

Conforme los argumentos de la alzada interpuesta por la parte actora, no existe inconformidad en cuanto a que quedó demostrada la prestación del servicio personal de la señora Jassany Alejandra Pino Castaño a favor de la señora “Ángela”, por lo que en virtud del principio de congruencia la Sala prescindirá de efectuar alguna disquisición al respecto.

Por el contrario, dada la acreditación de ese aspecto, el recurrente manifestó que en virtud del artículo 32 del C.S.T., debía accederse a las pretensiones de la demanda y condenar a la señora María Braulia Taba de Nieto como empleadora, al fungir esta como tal, bajo la representación de su hija Ángela Milena Nieto.

**2.3. De los representantes del patrono**

**2.2.1. Fundamento jurídico**

Dispone el artículo 32 del C.S.T. que son representantes del empleador y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las personas que ejerzan funciones de dirección o administración, quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador y, los intermediarios.

De acuerdo con lo anterior, existen unas personas que pueden ser consideradas como representantes del empleador y cuyos actos lo comprometen, siempre y cuando realicen funciones de dirección o capacidad decisoria.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

En el caso concreto, según se expuso en precedencia, quedó acreditado que la persona que ejercía las funciones de dirección o administración en el Restaurante la 34 era la señora “Ángela”, respecto de la cual la actora y los testigos, manifestaron que era hija de la dueña del restaurante.

Ahora, al revisar los certificados de Cámara y Comercio allegados al expediente y visibles a folios 9, 27 y 45, se considera necesario efectuar las precisiones que a continuación se indicarán.

Lo primero que debe decirse es que conforme al artículo 26 del Código de Comercio, el registro mercantil tiene por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio. Dicho registro ha sido delegado a las cámaras de comercio.

Ahora, los certificados visibles a folios 9 y 45, expedidos el 13 de noviembre de 2012 y el 11 de julio de 2014, respectivamente y allegados por la parte actora, dan fe que la señora María Braulia Taba de Nieto se inscribió ante la Cámara de Comercio como comerciante desde el 21/03/2007 y le fue asignada la matrícula N° 15607801, para desarrollar su actividad económica en un “asadero y venta de refrescos y cerveza”, inscripción que renovó el 08/01/2014.

Por su parte, el que compone el folio 27, expedido el 3 de octubre de 2014, certifica dos actos, el primero que la señora Luz Aleida Nieto Taba, se inscribió como comerciante el 01/11/2012 y le fue asignada la matricula mercantil N° 18100345 y, el segundo, que es la propietaria del “Restaurante y Piqueteadero la 34”, mismo que existe o por lo menos fue inscrito en el registro mercantil desde el 21/03/2007. Este certificado permite concluir que la señora Nieto Taba, efectivamente, según se adujo en la contestación de la demanda realizada por la señora María Braulia Taba de Nieto, adquirió el establecimiento de comercio el 01/11/2012.

De otro lado, ha de indicarse que el certificado visible a folio 27, el cual se itera, es el único que hace mención a la titularidad de un establecimiento de comercio, carece de la inscripción de actos que afecten o modifiquen la propiedad o la administración del mismo, como sucedería con el contrato de arrendamiento con opción de compra a la señora Ángela Milena Nieto Taba, conforme se prevé en los artículos 526[[2]](#footnote-2) y 533[[3]](#footnote-3) del Código de Comercio, por lo tanto, cualquier estipulación contractual celebrada entre las señoras María Braulia Taba de Nieto y Ángela Milena Nieto Taba, según se aduce en la contestación de la demanda, se debe entender por no efectuada, máxime cuando también se omitió allegar cualquier otro documento en el que conste que en realidad el referido negocio jurídico se celebró.

Es necesario precisar que si bien en la demanda, se indicó que la señora María Braulia Taba de Nieto era la propietaria del “Restaurante la 34”, no es porque así se haya registrado ante la Cámara de Comercio, pues en los certificados allegados no se observa que ostente o haya ostentado tal calidad, sino que como su actividad de comerciante, según lo refirieron cada uno de los deponentes, la desarrolló en el establecimiento de comercio conocido con ese nombre, ubicado además en la carrera 7ª con 34, guardando coherencia con la dirección de notificación judicial que reposa en los certificados de folios 9 y 45, esto es, carrera 7 N° 34-27.

Conforme lo expuesto y para lo que interesa en este asunto, la señora Luz Aleida Nieto Taba carece de injerencia en los aspectos laborales generados con la demandante Jassany Alejandra Pino, por cuanto la prestación personal del servicio que esta desarrolló y que quedó acreditado en este proceso, según se explicó previamente, lo fue en el establecimiento de comercio de propiedad de la señora María Braulia Taba de Nieto, pues a pesar de que ahora es aquella quien funge como propietaria del mismo, esta situación se presentó desde el 01/11/2012, cuando ya había fenecido la relación laboral objeto de análisis dentro de este proceso, tal y como se precisará más adelante.

Consecuencia de lo anterior, existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Luz Aleida Nieto Taba y así se declarará.

Siendo así las cosas, al no existir prueba del contrato de arrendamiento celebrado respecto del establecimiento de comercio de propiedad de la señora Taba de Nieto, y como quiera que ella, incluso para el 11 de julio de 2014 –fl. 45- ostentaba la calidad de comerciante, actividad desarrollada en la carrera 7 N° 34-27, donde funciona el establecimiento de comercio “Restaurante la 34”, debe entenderse que todos los actos realizados por la señora “Ángela”, lo fueron como representante de su madre, quien debe ser considerada como la verdadera empleadora, en los términos del artículo 32 del C.S.T.

Lo anterior, porque quedó suficientemente acreditado que aquella no fungía directamente como la empleadora, dado que los testigos Eyder Bran Marín Jiménez y Liliana Patricia Morales Santa, fueron claros y precisos al indicar que Ángela no era la dueña, sino que era la encargada porque el restaurante era de su progenitora a quien nunca habían visto.

También expresaron que Ángela era la que cancelaba los salarios, supervisaba el cumplimiento del horario, debían pedirle permiso para ausentarse del trabajo, esto es, ejercía actividades de mando y dirección respecto de las personas que prestaban sus servicios en el Restaurante la 34 e incluso, contaba con facultades disciplinarias, en tanto podía tomar acciones en caso de la ausencia de alguno de ellos, lo que la convierte, como ya se anunció en la representante de su madre María Braulia Taba de Nieto, verdadera empleadora, por lo que contrario a lo decidido por la juzgadora de primer grado, ella si cuenta con legitimación para fungir como demandada en este proceso.

Determinado lo anterior, pasará a fijare los extremos de la relación laboral y la prosperidad de las pretensiones económicas incoadas por la actora.

**2.3. De los extremos de la relación laboral**

**2.3.1 Fundamento jurídico**

Acreditada la existencia del contrato de trabajo, debe también demostrarse los extremos de la relación[[4]](#footnote-4), necesarios para realizar la cuantificación de las liquidaciones e indemnizaciones que se reclamen en la demanda.

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[5]](#footnote-5) también ha establecido que en los eventos en que no se conoce con exactitud los extremos temporales de la relación laboral, éstos se pueden dar por establecidos en forma aproximada si se tiene certeza de la prestación de un servicio en un determinado periodo y con esta información calcular los derechos laborales a que tiene el derecho el demandante.

En la misma providencia el máximo órgano de cierre laboral dijo:

*“En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de labores el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado.*

*Cuando el trabajador demandante no precisa o no logra probar con exactitud la totalidad del tiempo servido a su empleador, no implica que deba perder el derecho a percibir los salarios o prestaciones sociales correspondientes al lapso de la actividad que logró demostrar judicialmente y, por tanto, la totalidad del tiempo servido es el que resulte probado en la Litis”.*

**2.3.2. Fundamento fáctico**

Pretende la señora Jassany Alejandra Pino Castaño que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la señora María Braulia Taba de Nieto.

En primer lugar, ha de decirse que ante la inexistencia de un contrato de trabajo que conste por escrito, la relación laboral existente entre las partes antes referidas, en efecto estuvo regido por un contrato de trabajo a término indefinido y, en cuanto a los extremos, manifestó la parte actora que este había tenido lugar entre el 20 de septiembre de 2011 y el 09 de julio de 2012.

Para acreditar sus dichos, la demandante citó como testigos a los señores Eider Marín y Liliana Patricia Morales, quienes en su orden indicaron que *“yo conocí a Jassany en el restaurante la 34, yo empecé a trabajar allá en noviembre de 2011 hasta junio o julio… cuando yo entré ella ya estaba allá (…) y que trabajó ya para tener el bebe”* y que *“le vendía ropa a Jassany en el restaurante, más o menos en octubre de 2011, que continuó yendo como un año, es decir, diciembre de 2012”.*

De las anteriores manifestaciones, advierte la Sala que aunque la actora refirió que el inicio de su relación laboral se presentó a partir del 20 de septiembre, la prueba allegada no demuestra con exactitud este aspecto, pues ambos testigos indicaron fechas posteriores, esto es, para los meses de noviembre cuando uno de ellos empezó a trabajar en el mismo establecimiento de comercio o, en octubre cuando la otra, se presentaba a comercializar ropa; así las cosas, se tendrá como extremo inicial el 31 de octubre de 2011, por tratarse del último día del mes referido por la testigo Liliana Patricia Morales, toda vez que el otro deponente precisó que cuando entró a laborar en el restaurante la 34, la actora ya se encontraba allá.

Respecto del extremo final, el señor Eyder Bran Marín Jiménez, expresó que solo había laborado en el Restaurante la 34 hasta junio o julio de 2012; por su parte, Liliana Patricia Morales manifestó que Jassany laboraba en la 34, y cuando estaba muy gordita –*refiriéndose a su estado de* *embarazo*- la mandaron para otro restaurante ubicado en San Andresito, en el cual estuvo como hasta diciembre de 2012, que dejó de trabajar porque según le dijo la actora, ya estaba muy gordita. En los términos jurisprudenciales referidos, se tendrá como extremo final el 1° de junio de 2012, por ser el primer día del primer mes referido por el testigo Marín Jiménez, ya que no podrá tenerse en cuenta el dicho de la señora Liliana Patricia Morales, porque se trata de una fecha posterior inclusive a la expuesta en la demanda, por lo que en este aspecto, su declaración se torna inverosímil.

En conclusión, los extremos del contrato de trabajo celebrado entre las partes serán 31 de octubre de 2011 al 1° de junio de 2012, ello en aplicación al criterio del órgano de cierre de esta especialidad.

**Del pago de las acreencias laborales relacionadas en la demanda**

Afirmó la parte actora que su empleadora, María Braulia Taba de Nieto, una vez finiquitó la relación laboral omitió cancelarle las prestaciones sociales, las vacaciones, las indemnizaciones por despido injusto y por su estado de embarazo, los aportes a pensiones y la moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Frente a las prestaciones sociales y la compensación de las vacaciones, lo dicho en la demanda acerca de la falta de pago de las mismas de parte de la demandada, María Braulia Taba de Nieto, constituye una negación indefinida y como tal, exonera a la señora Jassany Alejandra Pino Castaño de probar que en efecto no recibió su pago y le traslada la carga de la prueba a la parte demandada, quien debía probar que sí lo hizo, carga con la que no cumplió, sin que baste su dicho, consistente en que Ángela Milena Nieto Taba concilió con la actora por la suma de $1.200.000.

Por lo tanto, hay lugar a la liquidación de los referidos conceptos, para lo cual se tendrá en cuenta como salario la suma de $600.000, por cuanto el testigo Eyder Bran Marín indicó que les pagaban $20.000 diarios y laboraban todos los días, incluyendo los domingos, los cuales ascienden a las siguientes sumas, conforme a la liquidación que se pone de presente y hace parte integral del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia:

* $366.000,87 por concepto de auxilio de cesantías.
* $15.368,39 por concepto de interes es del auxilio de cesantías.
* $366.000,87 por concepto de prima de servicios.
* $175.833,33 por concepto de compensación de vacaciones

**De la terminación de la relación laboral y sus consecuencias**

Dadas las manifestaciones expuestas en la demanda y los dichos de los testigos, la Sala percibe que las causas que rodearon el finiquito de la relación laboral que unió a las partes, debe analizarse con un enfoque diferencial, bajo la óptica de la perspectiva de género, en aplicación de la Ley 1257 de 2008 y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer “CEDAW”.

Pues bien, la regla general cuando se invoca el despido como causal de terminación de un contrato de trabajo, es que al trabajador le corresponde probar esa circunstancia, sin embargo, en virtud de la orientación que debe dársele al presente asunto, deben resaltarse los siguientes aspectos:

*i)* Se trata de una mujer en estado de embarazo, vinculada laboralmente pero desprotegida del sistema de seguridad social; *ii)* en ese estado deja de trabajar, *iii)* si bien la testigo Liliana Patricia Morales, indicó que la demandante dejó de trabajar porque “*ya estaba muy gordita, como hasta los ocho meses, que no sabía exactamente por qué había dejado de prestar los servicios, pero que ella le había dicho que la habían sacado”,* tratándose de una testigo de oídas, en virtud de la flexibilización probatoria, debe dársele el valor o relevancia al mismo.

De lo anterior, emerge de manera indiciaria que nadie con la condición de una mujer joven, embarazada y con necesidades económicas de prodigarse para sí y para su hijo un sustento, deje de manera voluntaria su trabajo, para quedar desprotegida salarialmente y de los beneficios que se le causaran una vez diera a luz; por el contrario, lo que se evidencia es que la terminación del contrato de trabajo tuvo su génesis en la decisión unilateral de la empleadora para evitar el pago de la consecuente licencia de maternidad que se causaría a favor de su trabajadora y del pago de salarios para la persona llamada a reemplazarla.

Conforme a lo expuesto, nos encontramos ante un despido de una mujer embarazada, el que conforme lo prevé el numeral 2° del artículo 239 del C.S.T., se presume que lo fue motivado por ese estado y que como no contó con la autorización del Ministerio del Trabajo, pues no existe prueba de ello, se generan a favor de la señora Jassany Alejandra Pino, las siguientes indemnizaciones:

* Indemnización por despido injusto (artículo 64 literal a) numeral 1°):

Como se trata de un contrato de trabajo a término indefinido que no superó el año de servicios y además fue remunerado con un monto inferior a los 10 S.M.L.V., tiene derecho a 30 días de salario, por lo que por este concepto le corresponden $600.000.

* Indemnización por despido en estado de embarazo (artículo 239 num. 3°):

Equivalente a 60 días de salario, por lo que la misma asciende a $1´200.000 y doce semanas de descanso remunerado, que equivalen a tres meses, es decir, $1´800.000, para un total de $3´000.000.

Sería del caso analizar lo relacionado con la nulidad del despido consagrada en el artículo 241 *ibídem,* pero como se trata de una pretensión que no fue enlistada en el libelo introductorio, no puede ser abordada por esta Corporación en virtud de la limitante del artículo 50 del C.P.L.

Respecto al pago de los aportes a la seguridad social en pensiones, como tampoco existe prueba de su pago, se condenará a la demandada al pago de los mismos por el periodo que subsistió la relación laboral con la actora, en el fondo donde se encuentre afiliada esta o de no estarlo en el que ella determine.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., tiene definido la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción laboral[[6]](#footnote-6), que ella no se genera de manera automática sino que debe analizarse la buena o mala fe de la empleadora para sustraerse del pago de los salarios y/o prestaciones sociales.

En el caso concreto, recuérdese que la actitud asumida por la señora María Braulia Taba de Nieto al ejercer su defensa, ha sido negar la existencia de relación laboral con la demandante, incluso desconoció ser propietaria del establecimiento de comercio durante los extremos en que se presentó la relación laboral con la actora, pasando por alto la información suministrada por la Cámara de Comercio de esta ciudad, conforme lo ya analizado, acciones que denotan como única finalidad despojarse del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y por ende, la mala fe en su actuar, por lo que se abre paso el reconocimiento de la sanción analizada.

Con base en lo anterior, dado que la terminación del vínculo acaeció el 1°de junio de 2012, la indemnización moratoria se genera a partir del día siguiente, a razón de un día de salario por cada día de retardo, por los primeros 24 meses, la que liquidada hasta el 31 de mayo de 2014, asciende a la suma de $14´600.000, conforme a la liquidación que hace parte integral de esta providencia y, a partir del mes 25 en el equivalente a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superfinanciera, dado que el salario devengado por la demandante fue superior al mínimo legal, según lo acreditado con el testigo.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta, no está llamada a prosperar como quiera que no transcurrieron más de tres años entre la terminación del contrato de trabajo -01/06/2012- y la fecha de presentación de esta demanda, la que conforme al acta individual de reparto visible a folio 13 del cd. 1, lo fue el 04 de agosto de 2014.

Finalmente, es del caso precisar que como en la demanda no se solicitó el reconocimiento de otros conceptos laborales, aun percibiendo la Sala su procedencia, no le es posible adentrarse en el análisis de los mismos en virtud de la limitante consagrada en el artículo 50 del C.P.L.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se revocará la decisión revisada, para en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, celebrado entre las señoras Jassany Alejandra Pino Castaño y María Braulia Taba de Nieto y condenarla al pago de algunas acreencias laborales y, absolver a la señora Luz Aleida Nieto Taba, al no estar legitimada para enfrentar esta acción.

Costas en ambas instancias a cargo de la demandada María Braulia Taba de Nieto y a favor de la parte actora. (Artículo 365 numeral 4° del C.G.P.). No se imponen costas a la parte actora en favor de la señora Luz Aleida Nieto Taba, por estar representada bajo la figura de amparo de pobreza.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 04 de diciembre de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Jassany Alejandra Pino Castaño** contra las señoras **María Braulia Taba de Nieto** y **Luz Aleida Nieto Taba** y, en su lugar:

**SEGUNDO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, suscitado del 31 de octubre de 2011 al 01 de junio de 2012, entre las señoras Jassany Alejandra Pino Castaño en calidad de empleada y María Braulia Taba de Nieto como empleadora, el cual terminó por despido de la empleadora sin justa causa.

**TERCERO: DECLARAR** que la señoraMaría Braulia Taba de Nieto se abstuvo de cancelar a la actora las prestaciones sociales y vacaciones causadas en el contrato de trabajo de que trata el numeral anterior, por lo tanto, debe ser CONDENADA al pago de las siguientes sumas de dinero a favor de Jassany Alejandra Pino Castaño:

* $366.000,87 por concepto de auxilio de cesantías.
* $15.368,39 por concepto de intereses del auxilio de cesantías.
* $366.000,87 por concepto de prima de servicios.
* $175.833,33 por concepto de compensación de vacaciones

|  |
| --- |
|  |

**CUARTO: CONDENAR** a laseñoraMaría Braulia Taba de Nieto, al pago de los aportes a la seguridad social en pensiones por el periodo que subsistió la relación laboral con la actora y de que trata el numeral segundo de esta providencia, en el fondo donde se encuentre afiliada esta o de no estarlo en el que ella determine.

**QUINTO: CONDENAR** a laseñoraMaría Braulia Taba de Nieto, al pago a favor de la señora Jassany Alejandra Pino Castaño de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., a razón de un día de salario por cada día de retardo, por los primeros 24 meses, la que liquidada hasta el 31 de mayo de 2014, asciende a la suma de $14´600.000 y, a partir del mes 25 en el equivalente a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superfinanciera, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEXTO**: **CONDENAR** a laseñoraMaría Braulia Taba de Nieto, al pago a favor de la señora Jassany Alejandra Pino Castaño de suma de $600.000 por concepto de indemnización por despido injusto y $3´000.000 por la indemnización por despido en estado de embarazo, conforme lo dicho en la parte motiva.

**SÉPTIMO: DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada María Braulia Taba de Nieto, por lo analizado en la parte motiva de esta decisión.

**OCTAVO: ABSOLVER** a la señora Luz Aleida Nieto Taba de las pretensiones incoadas en su contra por falta de legitimación.

**NOVENO:** Costas en ambas instancias a cargo de la demandada María Braulia Taba de Nieto y a favor de la demandante. A la parte actora no se le imponen en razón de lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**  **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrado Magistrada

(aclara voto)

***LIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES***





***LIQUIDACIÓN SANCIÓN MORATORIA ARTÍCULO 65 C.S.T.***



1. Sentencias del 24-04-2012. Radicado 39600, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz; del 15-02-2011. Radicado 40273, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve; del 26-03-2007. Radicado. 29418, M.P. Luis Javier Osorio López. [↑](#footnote-ref-1)
2. **ARTÍCULO 526. <REQUISITOS PARA LA ENAJENACIÓN>.** La enajenación se hará constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente, para que produzca efectos entre las partes. [↑](#footnote-ref-2)
3. A**RTÍCULO 533. <ARRENDAMIENTO, USUFRUCTO Y ANTICRESIS DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO>.** Los establecimientos de comercio podrán ser objeto de contrato de arrendamiento, usufructo, anticresis y cualesquiera operaciones que transfieran, limiten o modifiquen su propiedad o el derecho a administrarlos con los requisitos y bajo las sanciones que se indican en el artículo [526](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr016.html#526). [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 05-08-2009. Radicado 36549, M.P. Javier Osorio López. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencias del 06-03-2012. Radicado 42167. y del 04-11-2013. Radicado 37865, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. [↑](#footnote-ref-5)
6. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno. SL16884-2016, Rdo. N° 40272 del 16 de noviembre de 2016. [↑](#footnote-ref-6)