

TEMA: SALARIO - pagos habituales que son una contraprestación directa del servicio, no pierden esta calidad por acuerdo entre las partes. / **AUXILIO ESTABLECIDO DENTRO DE LAUDO ARBITRAL** – no puede ser entendido como una imposición del empleador, sino que corresponde al resultado de un conflicto colectivo que es definido con la participación de unos árbitros, bajo la representación de las partes y un tercero. / **PRUEBA DE HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS** - no basta con hacer afirmaciones genéricas, sino que es indispensable acreditar de forma clara y precisa, cuándo efectivamente se prestaron servicios por fuera de la jornada ordinaria.

HECHOS: las demandadas fueron absueltas de todas las pretensiones incoadas en su contra, pues, el a quo entendió que los auxilios de viaje y alimentación no cuentan con un carácter remuneratorio; destacó la validez del laudo arbitral con apoyo en la sentencia proferida por la Corte Constitucional CC SU837-2002, a partir de la cual sostuvo que dichos actos gozan de estabilidad y seguridad, al poner fin al conflicto laboral, aspectos que excepcionalmente podrán dejarse de lado cuando se presente el desconocimiento de aspectos mínimos previstos en la constitución y la ley. Finalmente, en lo que se refiere a las horas extras y dominicales, dio cuenta de la necesidad de acreditar en forma clara y precisa la jornada adicional desempeñada, sin que fuere posible para el funcionario judicial entrar a suponerla. Conoce en esta oportunidad la Sala, en virtud del grado jurisdiccional de consulta previsto por el artículo 69 del CPTSS.

TESIS: (...) en el caso concreto, documentalmente se pactó a cuáles beneficios extralegales se podría acceder, así mismo, se estableció que se hacía por mera liberalidad y no como contraprestación del servicio, sin que fueren salario o factor salarial para liquidar prestaciones sociales, es decir, se estableció un pacto de desalarización expreso y concreto. Ahora, no por el hecho de haberse pactado en estos términos, un pago de connotación salarial, deja de serlo, pues las partes que intervienen dentro de una negociación colectiva, que lleva finalmente a la emisión de un laudo arbitral, tienen parámetros legales que no pueden ser desconocidos, como resulta ser puntualmente el artículo 127 del CST, que conlleva «que los pagos habituales que retribuyen directa y realmente el servicio constituyen salario y no pueden dejar de serlo por acuerdo entre las partes, además de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo». Es del caso entonces definir si estos conceptos realmente correspondían o no a una contraprestación directa del servicio, para encontrar a partir de un estudio de las pruebas recaudadas que los auxilios de viaje y alimentación no lo tienen, debido a que se brinda, no con el fin de enriquecer el patrimonio del trabajador, sino para que cuente con las herramientas necesarias para el cabal cumplimiento de sus funciones. (...) el hecho que el auxilio fuese establecido dentro de un laudo arbitral le otorga un alcance diferente, en la medida que está llamado a regir las relaciones del trabajo, a partir de una discusión promovida por un grupo de trabajadores asociados que hacen una petición respetuosa a un empleador, en aras de obtener beneficios adicionales a los definidos por la ley, gozando entonces de estabilidad y seguridad (Sentencia CC SU837-2022). Es de advertir en consecuencia, que el sistema de puntos que figura en el laudo arbitral no puede ser entendido como una imposición del empleador, sino que corresponde al resultado de ese conflicto colectivo que es definido con la participación de unos árbitros, bajo la representación de las partes y un tercero, ante la imposibilidad de lograr un acuerdo, por lo que no puede entenderse que corresponda a una acción unilateral en desmedro de los intereses del trabajador. (...) laborar por fuera de la jornada ordinaria o en horario nocturno, dominical o festivo, va a implicar que el empleado reciba una remuneración mayor a la habitual, pues emplea su fuerza de trabajo en momentos de mayor exigencia o sacrificio. (...) frente a estos

elementos la exigencia probatoria es elevada, pues no basta con afirmaciones genéricas, sino que es indispensable acreditar cuando efectivamente se prestaron servicios por fuera de la jornada ordinaria, es decir, que se pueda ubicar el momento en forma clara y precisa (...). (...) se encuentra que la prueba recaudada dentro del trámite procesal es bastante vaga si se busca concretar los días y las horas que tuvo oportunidad de labor el demandante, pues su manifestación consistente en desarrollar jornadas extenuantes de más de 20 horas no encuentra el soporte probatorio suficiente.

M.P. JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS

FECHA: 04/12/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Elkin Humberto Macías Lopera
DEMANDADO	Transportempo S.A.S., Cementos Argos S.A.S., Renting Colombia S.A.S. y Colpensiones EICE
RADICADO	05 001 31 05 018 2018 00328 01
TEMA	Reajuste por factores salariales
DECISIÓN	Confirma sentencia

Medellín, cuatro (4) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha anunciada, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín procede a desatar el recurso de apelación presentado por las partes en el proceso de la referencia. La sala, previa deliberación, adopta el proyecto presentado por el magistrado ponente, que se traduce en la siguiente sentencia.

Pretensiones

Solicitó el demandante se declarara que la forma de remuneración por porcentaje del total de puntos realizados al mes para la cancelación de los recargos por trabajo suplementario es ilegal, por tanto, procede su reconocimiento al haberse concedido exclusivamente unos incentivos por viaje.

Asimismo, que se estableciera que cualquier disminución en la tabla de puntos frente a las rutas es ilegal al implicar una disminución salarial, y, por tanto, debía reliquidarse el valor cancelado.

En consecuencia, que se condenara a las accionadas al reajuste de prestaciones sociales, incluidas las cesantías consignadas a Protección S.A, vacaciones, recargos por trabajo suplementario, aportes a seguridad social en pensiones. Además, que se impusieran las

sanciones previstas por los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990 y se ordenara el pago indexado de los valores adeudados.

Hechos

Relató que se vinculó al servicio de la sociedad Transportes Empresariales del Occidente Ltda., hoy Transportempo S.A., a efectos de desempeñarse como conductor de vehículo destinado al transporte de carga, pactándose como remuneración, que por los servicios prestados le sería reconocido un salario básico equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, además de un favor variable que se medía bajo una tabla de incentivos que constituía factor prestacional. Además, que, de los pagos obtenidos, el 40% cubre la jornada ordinaria, junto con el descanso en dominicales y festivos; el 30% remunera la labor en dominicales y festivos; el 20% abarca el trabajo suplementario diurno y nocturno; y, el restante 10% representa el recargo nocturno.

Afirmó que los puntos se obtienen con la realización de rutas, donde cada destino implica unos puntos, sin importar el tiempo de demora en el viaje, a lo que se suma el que, a pesar de representar el salario, han sido disminuidos en cuanto a su valor, lo que implica una reducción del salario, lo cual también se ha dado cuando se encuentran disponibles para iniciar su carga, debido a que se trata de días no reconocidos.

Refirió que debió firmar el contrato presentado por el empleador, donde se permite reducir el valor de los puntos, ante la necesidad y por no estar desempleado, pero que realmente se evidencia la presencia de salarios insolutos, dado que se ha otorgado un incentivo, más no el pago de recargos por trabajo suplementario, aun cuando ha tenido que trabajar domingos, festivos y horas extras.

Mencionó que solo desde el 17 de marzo de 2016, en virtud de un laudo arbitral motivado por la intervención de la organización Sintransportempo, se ha logrado el pago de un salario para domingos y festivos; que para la empresa el recorrido o la ruta se realiza completa luego de 12 horas y no de 8 que sería la jornada ordinaria, sin que la

forma de remuneración guarde relación con lo estipulado en la legislación colombiana.

Indicó que la empresa hacía entrega de gastos de viaje por cada mes efectivo de servicios, el cual no constituye salario; que se entrega bajo el nombre de auxilio de viaje – alimentación, un rubro que cubre alojamiento y comida, correspondiente a \$53.000 por cada viaje, suma que se reajuste anualmente conforme el IPC, el cual entiende constituye salario.

Puntualizó que el pago por puntos, obligaba a no detenerse en carretera para obtener mejores resultados económicos, lo que conllevó que se generaran accidentes de tránsito. Además, precisó que ha sido objeto de acoso laboral y persecución sindical; que los obligan a realizar paradas de 9 horas en otras ciudades, las cuales no son remuneradas; que para la empresa la jornada inicia con el cargue y o desde que comienzan la labor de conducción; que no se tiene reglamentado y estructurado un programa de pausas activas y actividades reglamentadas en el SGSST; y que se han cancelado las acreencias laborales en forma deficitaria.

Precisó que Renting Colombia S.A.S. es la matriz de Transportempo, y ejerce gran situación de control en el grupo empresarial, mientras que Cementos Argos S.A. es la empresa contratista para el transporte de su materia prima.

Contestaciones

Renting Colombia S.A.S. se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos incluidos en la demanda, además de lo cual propuso como excepciones de mérito, las que denominó como falta de competencia, ausencia de solidaridad y prescripción.

Por su parte, *Transportempo S.A.S.* se resistió a lo reclamado y dijo que eran ciertos aspecto tales como el vínculo laboral con el demandante, así como el cargo desempeñado y el régimen salarial acordado y los pagos realizados, aspectos que se encuentran regidos por un laudo

arbitral, que es fruto de una negociación colectiva desarrollada con Sintratransportempo.

En torno a los demás supuestos, señaló que no se compartían, para más adelante presentar como medios exceptivos de fondo los que rotuló así: pago y compensación; falta de legitimación en la causa; ausencia de derecho sustantivo; falta de competencia; ausencia de solidaridad; y prescripción.

De otro lado, *Cementos Argos S.A.* se enfrentó a lo peticionado e indicó que no le constaba ninguno de los aspectos fácticos narrados en el libelo introductor, proponiendo como medios de defensa perentorios para enervar las pretensiones, la prescripción o caducidad de la acción, la buena fe, y el dirigirse la demanda contra personas diferentes a la obligada.

Es de advertir, que dentro de audiencia pública se presentó desistimiento de las pretensiones incoadas en contra de *Cementos Argos S.A.*, motivo por el que se tuvo por excluida del litigio, al avalarse dicha petición por el juzgado.

Finalmente, *Colpensiones EICE*, quien fue vinculada a la Litis como litisconsorte necesaria por pasiva, mostro sus reparos en torno a lo solicitado. Adicionalmente dijo no contarle lo esbozado por la parte actora, sin presentar excepciones.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, el 20 de octubre de 2022, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, impuso condena en costas a cargo del actor, y ordenó que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Para adoptar tal decisión, planteó que el problema jurídico consistía en determinar si la forma que en se calcula el trabajo suplementario de horas extras, dominicales y festivos, es o no legal, y si como consecuencia de ello se le adeudan al actor reajustes por dichos conceptos. Además, verificar si procedía el reajuste de las prestaciones

sociales, aportes a seguridad social y vacaciones canceladas al demandante; e igualmente si había lugar a imponer las sanciones previstas por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 65 del CST.

Para resolver trajo a colación los artículos 127 y 128 del CST, en donde se consagran, de un lado, los elementos integrantes del salario, y, de otro, los que no lo constituyen, para luego pasar a analizar si las cláusulas impuestas en el laudo arbitral resultan ineficaces, ante lo cual dio una respuesta negativa, debido a que estaba permitido acordar factores extralegales bajo un criterio de desalarización, siempre que no se esté dentro de los presupuestos del citado precepto 127.

De esta manera entendió que realmente los auxilios de viaje y alimentación no cuentan con un carácter remuneratorio, debido a que son recibidos por el trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones y no para su beneficio o enriquecer su patrimonio, además de que en algunos casos tienen una condición de imprevistos.

Asimismo, destacó la validez del laudo arbitral con apoyo en la sentencia proferida por la Corte Constitucional CC SU837-2002, a partir de la cual sostuvo que dichos actos gozan de estabilidad y seguridad, al poner fin al conflicto laboral, aspectos que excepcionalmente podrán dejarse de lado cuando se presente el desconocimiento de aspectos mínimos previstos en la constitución y la ley.

Finalmente, en lo que se refiere a las horas extras y dominicales, luego de mencionar el artículo 159 del CST, dio cuenta de la necesidad de acreditar en forma clara y precisa la jornada adicional desempeñada, sin que fuere posible para el funcionario judicial entrar a suponerla.

Consulta

La decisión adoptada en primera instancia no fue recurrida, motivo por el cual conoce en esta oportunidad la Sala, en virtud del grado jurisdiccional de consulta previsto por el artículo 69 del CPTSS.

Alegatos

Vencido el término para la presentación de alegaciones, se verificó la intervención de quienes conforman la parte pasiva de la relación procesal.

Colpensiones solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia, debido a que el despacho encontró ajustado a derecho las sumas que le fueron canceladas al actor.

Transportempo S.A.S. destacó la flexibilidad en la jornada de trabajo del conductor, y como las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad, sin desconocer los derechos mínimos e irrenunciables, acordaron un salario que de antemano remunerara los eventuales tiempos de jornada nocturna, tiempo extra y trabajo en dominicales y festivos, que es independiente del descanso compensatorio.

Además, expuso como se llegó a un laudo arbitral, la forma como se pactó una remuneración dentro de él, además de destacar que estaba acreditado en el plenario que fueron remunerados el tiempo extra diurno y nocturno, sin que resultare válida la declaratoria de ineficacia de la cláusula arbitral.

Renting Colombia S.A.S. planteó que estaban dados los elementos para confirmar la decisión de primera instancia, de cara a las pruebas recaudadas, máxime cuando no se configuran los postulados legales y jurisprudenciales para establecer una responsabilidad solidaria o una unidad de empresa, lo cual fundó en un estudio de los artículos 34 a 36 del CST, en lo que se refiere al primer tema, y en la sentencia CSJ SL6228-2016, con relación al segundo.

Posteriormente, pasó a destacar elementos probatorios que estimó relevantes, así como unas providencias emitidas por esta misma corporación, a efectos de concluir que *«mi representada es un tercero en la relación sustantiva de trabajo entre la codemandada Transportempo S.A.S., y el demandante, por lo que no le asiste obligación alguna con él, razón por la cual a juicio de está apoderado es dable confirmar en su*

integridad el fallo dado en primera instancia dado por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín».

CONSIDERACIONES

Se revisará la sentencia de primer grado en su integridad, conforme las implicaciones que trae el conocer en virtud del grado de consulta. Así, el problema jurídico que debe resolver la Sala radica inicialmente en determinar si la manera como se remuneraban los recargos por trabajo suplementario adolece de algún vicio o error, que implicara un reajuste en torno a las acreencias laborales causadas, lo que incluye analizar los pagos realizados bajo el sistema de puntos, en aras a establecer si se presentó una disminución injustificada del salario.

En caso que se vislumbre algún yerro o irregularidad en el proceder del empleador, se verificará la procedencia o no de la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, recargos por trabajo suplementario, aportes a seguridad social en pensiones, además de la imposición o no de las sanciones previstas por los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990 y el pago indexado de los valores que llegaren a tenerse como adeudados.

Por último, en caso de definirse responsabilidad a cargo del empleador, se estudiará si esta llamada la sociedad Renting Colombia S.A.S. a asumir obligaciones, ocurriendo lo propio de cara al tema pensional, en cabeza de Colpensiones.

De cara a este planteamiento inicial, lo primero que debe ser objeto de análisis es el carácter salarial de los conceptos cancelados al actor, como son los auxilios de viaje y alimentación.

Para definir el tema, los artículos 127 y 128 C.S. del T. señalan:

ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las

horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo_pr004.html

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria 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, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

En torno a la clasificación de un pago que se realiza al trabajador, resulta pertinente tener en cuenta lo que ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia CSJ SL4342-2020, sostiene:

Ahora bien, el hecho de que el ad quem no lograra determinar su finalidad y los requisitos para su causación, no era óbice para emitir una condena al respecto, pues como bien ha señalado esta Sala, por regla general, todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación, y (v) según el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo: «los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad» (CSJ SL1798-2018).

Entonces, como el supuesto del artículo 128 ibidem es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, el legislador exigió un pacto expreso, claro y específico acerca de qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial, de modo que no son eficaces las cláusulas globales o genéricas, como tampoco la interpretación o lectura extensiva de las estipulaciones contractuales a efectos de incorporar pagos que no fueron objeto de pacto, como equivocadamente lo hizo el ad quem en el presente asunto (CSJ SL1798-2018).

Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.

Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.

En torno al tema, además pueden observarse las decisiones CSJ SL5159-2018 y CSJ SL865-2019.

Presentados estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, es dable descender al caso concreto, para encontrar que documentalmente que se pactó a cuáles beneficios extralegales se podría acceder, así mismo, se estableció que se hacía por mera liberalidad y no como contraprestación del servicio, sin que fueren salario o factor salarial para liquidar prestaciones sociales, es decir, se estableció un pacto de desalarización expreso y concreto.

Ahora, no por el hecho de haberse pactado en estos términos, un pago de connotación salarial, deja de serlo, pues las partes que intervienen dentro de una negociación colectiva, que lleva finalmente a la emisión de un laudo arbitral, tienen parámetros legales que no pueden ser desconocidos, como resulta ser puntualmente el artículo 127 del CST, que conlleva *«que los pagos habituales que retribuyen directa y realmente el servicio constituyen salario y no pueden dejar de serlo por acuerdo entre las partes, además de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo»*¹.

Es precisamente tal circunstancia la que advierte el accionante, quien sostiene que la remuneración estipulada en el contrato de trabajo en el que se dan unos porcentajes del total de los puntos realizados en el

¹ Sentencia CSJ SL5146-2020.

mes para la cancelación de horas extras no es legal. Asimismo, que cualquier estipulación que disminuya su salario es ilegal.

Es del caso entonces definir si estos conceptos realmente correspondían o no a una contraprestación directa del servicio, para encontrar a partir de un estudio de las pruebas recaudadas que los *auxilios de viaje y alimentación* no lo tienen, debido a que se brinda, no con el fin de enriquecer el patrimonio del trabajador, sino para que cuente con las herramientas necesarias para el cabal cumplimiento de sus funciones.

Así se desprende de lo dicho por los testigos, al señalar que dicho concepto era destinado para gastos de transporte, alimentación y hospedaje, o eventualmente para asumir imprevistos o sortear inconvenientes propios de la labor, sin que realmente quedare acreditado que se tratase de gastos de alojamiento y alimentación permanentes, que lleven a darle una significancia distinta.

Además de lo anterior, se encuentra que el hecho que el auxilio fuese establecido dentro de un laudo arbitral le otorga un alcance diferente, en la medida que está llamado a regir las relaciones del trabajo, a partir de una discusión promovida por un grupo de trabajadores asociados que hacen una petición respetuosa a un empleador, en aras de obtener beneficios adicionales a los definidos por la ley, gozando entonces de estabilidad y seguridad (Sentencia CC SU837-2022).

Es de advertir en consecuencia, que el sistema de puntos que figura en el laudo arbitral no puede ser entendido como una imposición del empleador, sino que corresponde al resultado de ese conflicto colectivo que es definido con la participación de unos árbitros, bajo la representación de las partes y un tercero, ante la imposibilidad de lograr un acuerdo, por lo que no puede entenderse que corresponda a una acción unilateral en desmedro de los intereses del trabajador.

Corolario de lo dicho hasta ahora, es posible concluir que lo estipulado por auxilios de viaje y la implementación del sistema de puntos de que trata el laudo arbitral 2016-2019, se encuentra en firme, no existiendo medios demostrativos que permitan concluir la ilegalidad de lo pactado. En tal sentido se *confirmará* la sentencia revisada.

De otro lado, en lo que se refiere a Los recargos por laborar en horas extras, dominicales y festivos, se encuentran previstas dentro del Código Sustantivo de Trabajo, cuando establece:

ARTICULO 168. TASAS Y LIQUIDACION DE RECARGOS. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno, con excepción del caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 <161> literal c) de esta ley.
2. El trabajo extra diurno se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.
3. El trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.
4. Cada uno de los recargos antedichos se produce de manera exclusiva, es decir, sin acumularlo con alguno otro.

ARTICULO 170. SALARIO EN CASO DE TURNOS. Cuando el trabajo por equipos implique la rotación sucesiva de turnos diurnos y nocturnos, las partes pueden estipular salarios uniformes para el trabajo diurno y nocturno, siempre que estos salarios comparados con los de actividades idénticas o similares en horas diurnas compensen los recargos legales.

ARTICULO 179. TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. <Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.
2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.
3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.

Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.

Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1o. de abril del año 2003.

PARÁGRAFO 2o. Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario.

Conforme las normas citadas, es claro que laborar por fuera de la jornada ordinaria o en horario nocturno, dominical o festivo, va a

implicar que el empleado reciba una remuneración mayor a la habitual, pues emplea su fuerza de trabajo en momentos de mayor exigencia o sacrificio.

Otro aspecto importante a analizar en estos casos, viene dado desde el ámbito de la acreditación. Es claro que frente a estos elementos la exigencia probatoria es elevada, pues no basta con afirmaciones genéricas, sino que es indispensable acreditar cuando efectivamente se prestaron servicios por fuera de la jornada ordinaria, es decir, que se pueda ubicar el momento en forma clara y precisa, conservándose a la fecha la postura esgrimida por el máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria el 8 de julio de 1966, cuando sostuvo:

“Cuando se trata de reclamaciones por concepto de horas extras, es requisito especial el establecimiento del número de horas suplementarias durante las cuales se prestó el servicio. Este es un hecho que debe demostrarse con las probanzas aducidas al juicio. Refiriéndose a la prueba testimonial en los casos en que se trata de acreditar el trabajo suplemental, ya ha dicho esta corporación que ‘para poder establecer con eficacia que determinado trabajador laboró horas extras mediante testimonio humano, preciso es partir de la base de que el deponente estuvo en permanente contacto con aquel o en su compañía, para que su dicho resulte inobjetable a la luz de los hechos que se analizan’” (cit. en “Jurisprudencia Laboral 1961/1966”, Jorge García Merlano, p. 257).

En torno al tema, igualmente se destaca lo planteado en Sentencia CSJ SL744-2021, donde se expresó:

Aquí cabe anotar que esta corporación en la CSJ SL10418-2017, que reiteró lo dicho en la CSJ SL3009-2017, sobre el trabajo suplementario o de horas extras, precisó lo siguiente:

[...] el otro error endilgado, atinente a no haberse dado por demostrado los servicios prestados por el recurrente en horas extras, diurnas y nocturnas, en días ordinarios, dominicales y festivos, así como los demás días y horas no laborables, que consecuentemente conllevaría al tercer error reprochado, carece de asidero, ya que al tenor de lo previsto en los artículos 174 y 177 del CPC, de aplicación analógica al procedimiento del trabajo y de la seguridad social (art. 145 CPTSS), la decisión que edificó la sentencia acusada, debió fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siendo carga del recurrente demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el derecho reclamado, para el caso, la acreditación detallada del trabajo suplementario desplegado por el recurrente, y los dominicales y festivos laborados; aspecto que se echó de menos en el presente proceso, como razonablemente lo concluyó el Tribunal.

Sobre el tema se pronunció esta Corporación en sentencia SL3009-2017, radicado 47044 en la que la Sala dijo:

No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén.

Presentado lo anterior, se encuentra que la prueba recaudada dentro del trámite procesal es bastante vaga si se busca concretar los días y las horas que tuvo oportunidad de labor el demandante, pues su manifestación consistente en desarrollar jornadas extenuantes de más de 20 horas no encuentra el soporte probatorio suficiente.

Esta premisa se sustenta en el hecho que aun cuando se aportan documentos correspondientes a tiquetes o recibos que enuncian una fecha y hora, no todos detallan con claridad aspectos relevantes, empezando por el nombre del conductor, o presentan datos contradictorios, tal como lo advirtió la juez de primera instancia, debido a que no es posible, con base en la información que se logra extraer, determinar momento de inicio y finalización, así como si se dieron periodos de pausa o descanso, máxime si se tiene en cuenta que hay datos de personas ajenas a la *litis*.

A lo anterior se suma que aun cuando los testigos, en algunos casos, dieron cuenta de una actividad desarrollada en jornada 24/7, la regla de la experiencia, así como un análisis bajo elementos de la sana crítica permite determinar la imposibilidad física de que ello ocurra, por lo que es dable entender de ese relato que se quiso expresar la presencia de jornadas bastante largas, pero sin que sea posible definir a ciencia cierta, y en un día específico, cuando inició y culminó la labor. Igualmente se menciona por otro deponente, el Sr. Juan García Montoya, que no hay un horario establecido y pueden ser requeridos los servicios a cualquier hora, lo que demuestra la dificultad para presumir una jornada laboral.

Es de advertir, además, que aun cuando la representante legal de la demandada aludió a una parametrización de cara a la ruta asignada, tampoco se constituye en un presupuesto suficiente para definir la jornada desempeñada, pues como lo indicó en su relato, hay elementos internos y externos que no permiten afirmar que un trayecto se recorra

a un mismo tiempo siempre, tratándose ésta de la razón por la que se establece un sistema de puntos, con unos adicionales para los domingos.

A lo anterior se suma que los testigos dieron cuenta de jornadas extenuantes, pero lo hicieron de manera genérica y no referida directamente al actor, lo que torna imposible definir cuales horas extras fueron laboradas, o los días dominicales y festivos en que se prestó el servicio, por lo que la falta de prueba de este presupuesto conduzca a la confirmación de lo decisión en primera instancia, según lo consagrado en el artículo 167 del CGP, que da cuenta de la carga de la prueba, y las consecuencias que trae consigo no satisfacerla.

Finalmente, debe destacar la Sala que la demandada puso de presente los dominicales laborados por el actor a partir de 2013, junto con la explicación de cómo se hacía el pago de la remuneración al actor, que partía de una base equivalente al mínimo legal, y luego se daban unos porcentajes adicionales, lo cual lleva a concluir, tal como lo entendió la *a quo*, que se dio un pago en debida forma o completo, lo que conduce a conservar en todos los aspectos la decisión revisada.

No se impondrá condena en costas en esta sede, en consideración a que se conoce el asunto por virtud del grado de consulta.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior De Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia que se revisa por vía de consulta, proferida por la Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, el 20 de octubre, en el proceso instaurado por Elkin Humberto Macías Lopera contra Transportempo S.A.S., Renting Colombia S.A.S. y Colpensiones EICE.

SEGUNDO: No se causan costas en esta sede.


Rdo. 05-001-31-05-018-2018-00328-01
309-22

Se notifica lo resuelto por EDICTO. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación, se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los magistrados,



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ