



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA  
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán**

**Expediente. No. 25857 31 03 001 2020 00052 01**

Deisy Gómez Rojas vs. Aura Cecilia Salamanca de Rodríguez

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, resuelve la Sala los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia condenatoria proferida el 14 de abril de 2021, por el Juzgado Civil del Circuito de Villeta - Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados, y conforme a los términos acordados en la sala de decisión, se profiere la siguiente,

**Sentencia**

**Antecedentes**

**1. Demanda.** Deisy Gómez Rojas promovió proceso ordinario laboral contra Aura Cecilia Salamanca de Rodríguez, con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de octubre de 2018 al 22 de febrero de 2019; en consecuencia, se ordene a la pasiva a reconocer y pagar los dominicales y festivos causados durante toda la relación laboral, reliquidación del auxilio a las cesantías, sus intereses y la prima de servicios; indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST, sanción por la no consignación de las cesantías, auxilio de transporte, trabajo suplementario (extra diurno, nocturno – dominical extra diurno, nocturno), aportes a pensión, lo *ultra* y *extra petita*, y costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó en síntesis, que



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

trabajó para la demandada en el establecimiento de comercio La Esmeralda, en el municipio de la Vega - Cundinamarca desarrollando las labores de mesera, en dos horarios de trabajo a saber: 1. de lunes a viernes de 7 am a 2 pm, sábados y domingos de 7 am a 9 p.m. 2. de lunes a viernes de 2 p.m. a 9 pm sábados y domingos de 7 am a 9 p.m., es decir que los sábados y domingos laboraba 14 horas diarias, y descansaba un día a la semana los días martes, a cambio de una remuneración fijada en la suma de un SMLMV.

Señala que trabajaba habitualmente domingos y festivos, agrega que le adeudan el trabajo suplementario, dominicales y festivos; refiere que ella terminó el contrato de trabajo de manera unilateral por culpa de su empleadora debido a los excesos de turnos que tenía que asumir (despido indirecto).

**2. Contestación de la demanda.** La demandada contestó con oposición a las pretensiones, aceptó la existencia de la relación laboral pero dijo que se inició el 16 de noviembre de 2018 y terminó el 11 de enero de 2019, que no existe prueba que la trabajadora haya sido despedida, que todas las obligaciones económicas fueron canceladas y siempre ha actuado de buena fe. Informó que la demandante no trabajó todos los domingos y festivos y cuando lo hacía se lo pagaba directamente y tenía el día martes como descanso compensatorio. En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas, mala fe de la demandante, buena fe de la demandada y la genérica.

### **3. Sentencia de primera instancia.**

La Jueza Civil del Circuito de Villeta - Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 14 de abril de 2021, declaró la existencia del contrato de trabajo desde el 16 de noviembre del 2018 hasta el 18 de enero de 2019, en consecuencia, condenó al pago de la prima de servicios: \$24.739; cesantías: \$24.739; intereses a las cesantías: \$470; vacaciones: \$19.937; incremento del trabajo dominical: \$156.248; no accedió a las demás pretensiones y declaró no



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

probadas las excepciones de mérito formuladas por la demandada y costas, incluyendo agencias en derecho por la suma de \$300.000.

Inició por hacer alusión a los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en tanto, que no había discusión respecto de la existencia de la relación laboral ya que esta no fue desconocida por la demandada, sin embargo, aunque está acreditada la prestación personal del servicio, no hay certeza acerca de los extremos temporales, pues si bien, en su escrito de demanda indicó que inició el 18 de octubre de 2018 y finiquito el 22 de febrero de 2019, ello fue objeto de controversia, dado que el extremo pasivo sostuvo que es incorrecto y que la relación estuvo vigente a partir del 16 de noviembre de 2018 hasta el 11 de enero de 2019, por lo que teniendo en cuenta la documental aportada, tales extremos de la relación laboral fueron desde el 16 de noviembre de 2018 al 12 de enero de 2019, a esta conclusión arriba porque la prueba testimonial no fue precisa, ni clara y el interrogatorio de la demandante no era idóneo para fijarlos en otras fechas.

En cuanto a las horas extras laboradas, no evidenció que se hayan causado, ya que sí bien la actora trabajó por turnos de 7:00 a.m. a 2:00 p.m., o de 2:00 pm a 9:00 pm., ninguno de estos horarios superó la jornada ordinaria legal, ni mucho menos constituyen elementos para el pago del trabajo suplementario, tampoco había lugar al reconocimiento de horas extras de los días dominicales y festivos; que si bien, la pasiva reconoció que la demandante en efecto laboró los días domingos y los festivos, frente a este último no existe claridad de cuantas horas y en qué valores al no estar debidamente discriminados, además que, como lo manifestó la demandante, cuando trabajaba los festivos al finalizar la jornada de trabajo, le era cancelada una suma de dinero que recibía de las cajas del establecimiento de comercio.

En relación a los domingos laborados, sostuvo que se acreditó en el plenario que la demandante por esos días descansaba un día entre semana, hecho aceptado por la demandada, encontrándose probada la existencia de los



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

mismos, razón por la cual, procedió con el incremento de trabajo dominical y las correspondientes tasaciones.

Entorno a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., consideró que no había lugar, en razón a que el extremo final fue el 12 de enero del 2019 y la liquidación se efectuó en una primera oportunidad donde se le canceló a la actora el valor correspondiente por las cesantías e intereses a las mismas, sin que esta situación configure entonces la existencia del incumplimiento por parte del empleador para hacerse acreedor a la sanción deprecada.

En cuanto al subsidio de transporte, señaló: *“(...) finalmente en lo que tiene que ver con el reconocimiento del subsidio de transporte tampoco dentro del plenario se demostró que ciertamente el extremo demandado no le pagará dicho rubro a la señora Daisy Gómez pues la falta de pago quedó solamente en el dicho de la señora Daisy sin que ninguna otra prueba soportara tal situación para obtener una decisión favorable frente a este aspecto...”*

**4. Apelaciones de las partes.** Inconformes con lo decidido las partes apelaron así:

**4.1. Demandante:** *“(...) primero se sirva modificar la sentencia en el sentido de ordenar el pago de la sanción del artículo 65; segundo, se sirva señores magistrados modificar el sentido del trabajo del pago dominical en el sentido en que el trabajador aquí demandante, realizó las funciones como un trabajador habitual de los domingos y festivos y por ende, su incremento, su liquidación debe hacerse en base a los argumentos de un trabajador habitual de domingos y festivos e igualmente, se sirva declarar la mala fe del empleador y acceder a la sanción del artículo 65. **Sustentación del recurso**, como primera medida al artículo 65 habla de que si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas pues se hace acreedor a la sanción del artículo 65, pero vemos en el presente caso que efectivamente la aquí demandante pues lógicamente laboraba habitualmente los días domingos y festivos, esto quiere decir que en concordancia con el artículo 125 del Código Sustantivo del Trabajo pues vamos a mirar qué es lo que abarca el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo que constituye salario no toda la remuneración*



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

*ordinaria fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio cualquiera que sea la forma de denominación como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario, horas extras y el valor de trabajo los días de descanso obligatorio, el día domingo es un descanso obligatorio, entonces ahí es donde viene el tema de la definición de salario como descanso obligatorio, al ser el domingo un descanso obligatorio, pues era obligación del empleador, es que el empleador mismo lo manifiesta que el mejor día de ventas es el día domingo, pero mire que es el mismo día que en el cual se sustrae sus obligaciones y lo ve como un día ordinario; por tal razón es de vital importancia que ha existido una mala fe, ¿porque ha existido una mala fe? porque es una persona que tuvo a sus manos la liquidación de Deisy Gómez Ávila,(corrige) de Deisy Gómez Rojas, esto quiere decir que al momento de realizar la liquidación tenía entre su organización empresarial un contador, ella misma lo menciona, que tenía un contador para realizar dicha liquidación, entonces aquí está la cultura del no pago de qué es mejor la cultura no pagó, entonces entre más me sustraiga yo de mis obligaciones mucho mejor, esa es la teoría que habla de la mala fe de parte del empleador, ¿por qué razón? porque él es el que se está sustrayendo a esas obligaciones laborales y esa sustracción lo que a quién beneficia ¿al trabajo al empleador que está incumpliendo? porque el empleador es el que está incumpliendo porque no paga ese recargo nocturno, no paga ese recargo dominical, no paga ese trabajo que es el día domingo el día de descanso; por tal razón, es que opera este artículo 65 y el artículo 65 habla en una jurisprudencia, en qué menciona en qué no se trata de un valor así sea pequeño, como en este presente caso lo que se está presentando, qué es un valor, que dice la señora juez, que es el incremento y que vale \$156.000 que el valor de \$24.739 de cesantías de prima y \$470 de intereses a las cesantías, pero no lo vea por el valor, véalo por la intención, porque si nos ponemos a ver el valor generalmente todos los sueldos mínimos pues lógicamente que van a tener cifras mínimas, pero véalo por la intención de querer causar daño a su otra parte, por eso es una obligación de resultado en este momento que es la del resultado de cumplirle a su trabajador. En el presente caso, vemos que efectivamente, sí efectivamente son cifras pequeñas, pero cuál es el objeto social de la empresa, de trabajar en la venta de pan y ella trabajar en atención al público los días domingos, festivos y entre semana vemos que trabajaba siete días a la semana, eso quiere decir, que los días normales, trabajaba 7 días a la semana, excepto el día martes que era el día de descanso, pero el día sábado el día domingo y el día festivo realizaba ese trabajo de manera constante y permanente, eso quiere decir que empieza a ser un*



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

*trabajador habitual, por tal razón el trabajador habitual vemos que lo tiene contemplado el artículo 179, en que, menciona efectivamente qué es un trabajador habitual, qué es aquella persona que trabaja dos o más domingos al mes y en el presente caso le dan el día de descanso, qué es el día martes, pero, como es un trabajador que trabaja todos los domingos y todos los festivos pues lógicamente que se tiene que dar esa calidad de trabajador habitual, ósea que el recargo no era el 75% sino del 100.75%, porque trabajaba sábados y festivos, trabajaba los festivos y trabajaba igualmente los domingos. Frente al pago del domingo el empleador siempre lo vio como un día normal, por esa razón, cuando ella le pagaba, le pagaba era el festivo, por esa razón tiene que concentrarse en el sentido, en que lo que dejó de pagarle fue el día domingo, domingo, ¿Por qué razón? porque el festivo era cuando iba a la caja y le daban algo de más por ese día festivo. Entonces, vemos como sí pagaba el día festivo, pero no pagaba el día domingo, entonces vemos que ahí esta la mala intención, la mala intención es de no querer cumplirle al trabajador con ese pago de ese dominical y que efectivamente recurrir a la justicia ordinaria para el pago de ese dominical, cuando el demandado Aura Cecilia Salamanca, entra al proceso, vemos que tampoco realiza el pago o sea hay una actividad de mala fe, ¿por qué razón? porque es notificada de la demanda y después de que es notificada la demanda, simplemente hace una actitud pasiva, en el sentido de no pagar lo adeudado de esos días domingos, entonces vemos que efectivamente si se afecta el derecho del trabajador. Ahora, sí vamos a hablar del subsidio de transporte, cuando hablamos del subsidio de transporte hay que analizar es qué es obligación del empleador, justificar ese pago de ese subsidio de transporte, pero vemos que en el presente caso, brilla por su ausencia en la contestación de la demanda ese pago de ese subsidio de transporte. Por tal razón, el subsidio de transporte no fue pagado durante el término de la relación laboral que mencionó su señoría, por tal razón debe condenarse, debe modificarse en ese sentido la sentencia, de condenar ese subsidio de transporte durante los extremos de la relación laboral que se dieron. Si hablamos de la buena fe, hay dos clases de buena fe para mí teoría, la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva., la buena fe objetiva la que todos tenemos y todos queremos actuar de buena fe y es la que se pregona, pero cuando son obligaciones de resultado solamente opera la buena fe objetiva o sea el cumplimiento de esos resultados, si no se cumplen con esos resultados pues simplemente se obra de mala fe, por esa razón no se puede hablar de una buena fe subjetiva, cuando se le pregunta a la demandada sobre los documentos del trabajo dominical, sobre el permiso ante el Ministerio de Trabajo para poner a la gente a trabajar más de más de 10 horas, vemos que no da*



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

*respuesta alguna, esto quiere decir, que omite ese deber patronal de tener un reporte de todo lo del trabajo extra suplementario, ¿Y por qué omite ese requisito? por una cosa tan sencilla, porque si se le pidió en la demanda que exhibiera esos documentos y no los tenía a la mano, pues era obligación del empleador suministrarlo, porque tenía trabajadores laborando en trabajo extra suplementario, trabajo dominical y festivo, esto no obligaba a llevar esa estadística y esas cuentas, pero la mala fe parte de la sustracción de cohibirse de pagar al trabajador esos valores que hicieron parte esencial del salario, cómo fueron las horas extras y el trabajo dominical, por tal razón, debe modificarse la no sanción del artículo 65, porque es que la buena fe, si bien es cierto no se presume en el presente caso, pues era también deber del demandado probar que actuó de buena fe, probar que fue diligente en los pagos, probar que en el momento en que fue vinculado al proceso pues debió indicar sobre los pagos realizados, sobre el subsidio de transporte, sobre el pago dominical, sobre el trabajo extra suplementario y, hay una jurisprudencia en la cual se menciona sobre la buena fe del empleador frente a esas cifras pequeñas y no la tengo a la mano pero sé que existe, en la que no interesa el valor, sino interesa es la intención y en el presente caso el empleador pago 30 días después de haberse retirado la trabajadora, primero que todo, entonces tiene que darse esa sanción, no durante esos 30 días, sino hasta cuándo se realiza el pago de esos valores. Para el presente caso, vemos que los dominicales no fueron pagados, entonces al no realizarse pago pues lógicamente que se activa esa sanción moratoria y esa mala fe de que se pregona. Frente al subsidio de transporte, el trabajador devengaba menos de dos salarios mínimos, por el hecho de sólo devengar menos de dos salarios mínimos, pues era obligación del empleador realizar dicho pago de ese ítem y, omitió el empleador el pago de ese subsidio de transporte a sabiendas de que el trabajador devengaba menos de dos salarios mínimos, por tal razón debe modificarse ese aspecto de la sentencia. Ahora quién tenía más la posibilidad de actuar de buena fe y de mala fe, en el presente caso, la buena fe pues lógicamente que no es automática en laboral, lógicamente que no se da esa sanción automática y hay que mirar es cuál es la intención de la situación, pero vemos que, en tanto los testigos del demandante, como la demandada y como la demandante, mencionaron que el día de trabajo principal allá para la venta era el día domingo, esto quiere decir, que el día domingo era la punta de lanza y la punta de lanza también de esta demanda, porque esta demanda está dirigida al pago de los dominicales y festivos, qué es lo que es el tema de debate, o sea qué tema de debate es establecer si esos domingos y festivos fueron pagos o no y por qué no fueron pagos o no, pero si usted lo analiza, si el mejor día de venta es el día domingo y*



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

*festivo, qué es el día en que los ciudadanos de Bogotá se van hasta la Vega a comprar rosquillas y a ir a piscina, lógicamente que era el día de más trabajo, o sea era el día más delicado de la semana de los siete días, con mayor veras tenía que tener ese engranaje, con su contador, que ella misma lo menciona que tiene su contador para el pago de los dominicales. Por tal razón, la demandada se sustrajo de esa obligación laboral contemplada en el artículo 161 y 179 de que el pago de los dominicales como jornada máxima, por ejemplo en el caso de la señora trabajaba más de las 48 horas semanales, porque entre semana trabajaba siete horas, pero los fines de semana trabajaba más horas de trabajo y además era su día de descanso. Entonces, vemos que el día descanso se lo cambian por el día martes, si se lo cambian por el día martes y si era trabajador habitual, pues lo más lógico, era que tenía derecho al 175, porque era un recargo aparte del descanso; por tal razón, ruego los señores magistrados, modificar la sentencia, en el sentido de que se sirva condenar a Aura Alicia Salamanca de Rodríguez a la modificación de la sentencia en el sentido únicamente de pago de la sanción del artículo 65 de la sanción moratoria que la liquidación que realiza la señora juez debe incrementarse, porque se está hablando del pago dominical habitual, porque todos los domingos en los cuales duró el trabajado fue de manera habitual, constante y permanente, por ejemplo, en el mes de noviembre y en el mes de diciembre vemos que se trabajaron 9 festivos entre noviembre y diciembre y, en el mes de enero, por tal razón vemos que esos incrementos era se daba el pago del trabajador habitual dominical y festivo y frente a las costas se debe condenar en costas al demandado tanto de primera como de segunda instancia. Por tal razón, hasta ahí limito mi recurso en qué va enfilado a la modificación de la sentencia, que se adicione la condena el subsidio transporte, se modifique la sanción del artículo 65, diciendo que hubo mala fe de parte del demandado y se condene al artículo 65 desde el momento en que se produjo el despido y hasta la fecha y se reliquide el pago de los dominicales realizados por el despacho como un trabajador habitual por trabajar domingos y festivos por parte de la Señora Deisy Gómez Rojas.*

**4.2. Demandada.** *“(...) realmente su señoría le da credibilidad a que la señora trabajó todos los domingos, porque mi cliente tocó el tema, pero mi cliente en ningún momento dijo que todos los domingos y eso que ni ella tenía conocimiento de cuáles no trabajaba habida cuenta de que había un administrador, curiosamente el administrador de ese entonces el señor Gustavo, la demandante lo había mencionado como testigo y realmente no lo trajo, esa era su prueba con la cual ella podría haber*



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

*demostrado que sí exactamente trabajo todos los domingos y festivos; entonces no estoy de acuerdo que se de credibilidad en la afirmación de la demandante en que la señora trabajó todos los domingos, porque eso no fue probado, en ningún momento consta de que se haya demostrado. Como segundo, no se tuvo en cuenta para recreación que hace la señora juez, el día de las de compensación, eso también cuenta y en ningún momento se mencionó. Tercero, la fecha de ingreso, aunque ese no es sujeto de apelación sino de reposición, no fue el 16 de noviembre cómo decía la señora juez, sino el 18 de noviembre. Cuarto, la sola afirmación de que la señora actuó de mala fe, no es válida, como lo dice su señoría en su expresión se debe probar la mala fe y a quién le interesaba, quién era la que deberá demostrar la mala fe, pues precisamente la parte actora, quién debe reclamar derecho a probarlo, no solamente es el dicho que si se actuó de mala fe, no señor aquí hay una buena fe porque la señora le dio unas bonificaciones, le dio un día compensatorio además como el mismo apoderado de la parte demandada acepta que la trabajadora no trabajaba cuarenta y dos horas en la semana. Con respecto a las agencias en derecho, su señoría, las agencias en derecho no pueden ser superiores al producto la sentencia, estamos hablando de una sentencia que no supera los \$200.000 y hay unas agencias de \$300.000 que son muy superiores y sobre eso si hay mucha ajuste (sic) a la tarifa legal no acepta que las agencias en derecho sean superiores al fallo producido, no se tuvo en cuenta los pagos efectuados al terminar la jornada, porque es que esos pagos no solamente fueron los domingos, sino los festivos, sino los domingos también. Entonces su señoría en eso en ese aspecto a los honorables magistrados, les solicito que se tenga en cuenta estos aspectos para el proveído de segunda instancia.”*

**5. Alegatos de conclusión.** En el momento procesal oportuno para hacerlo las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

La parte demandante se ratifica en lo expuesto en su recurso, concluyendo que se debe modificar la sentencia y condenar la mala fe “patronal” porque las horas extras y el trabajo dominical es un deber no un favor y más aún cuando todas las semanas se preparaba para el fin de semana y de simple lógica se sabe que el domingo y festivo se paga de manera diferente, pero acá se omite el dominical, no se paga y afecta al trabajador, sumado a ello la demandada nunca probó la buena fe, al contrario no canceló a sabiendas de que debía.



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

A su turno la parte demandada también se mantiene en sus puntos de apelación aduciendo que no se probó que la actora trabajara todos los domingos y festivos; por otro lado insiste en que las agencias en derecho señaladas en primera instancia superan el valor de las condenas impuestas, por lo tanto deben disminuirse. Agrega que el único testigo presentado, quien aceptó tener relaciones sentimentales con la demandante, está contaminado, pues su testimonio no puede ser imparcial.

**6. Problema (s) jurídico (s) a resolver.** Con sujeción al principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la sala resolver: **1.** ¿Cuál es el extremo inicial de la relación laboral? **2.** ¿la actora laboró efectivamente dominicales y festivos? **3.** ¿hay lugar a condenar a la demandada por concepto de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST? **4.** ¿Debe condenarse a la pasiva al pago del auxilio de transporte? **5.** ¿Procede modificar en esta instancia el monto de las agencias en derecho?

**7. Resolución al (los) problema (s) jurídico (s).** De antemano, la Sala anuncia que la sentencia apelada será **modificada parcialmente** en cuanto al monto establecido por recargo de domingos trabajados por la demandante, **revocada** para conceder el pago del auxilio de transporte y **confirmada** en lo demás.

**8. Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es).** Arts., 65, 172, 174, 177, 179, 181 CST; Ley 15 de 1959, D. 1258 de 1959; CSJ SL Rad. 29814 del 11 de febrero de 2008, SL15776-2014, SL11436-2016, SL1166-2018, SL2169-2019 Rad. 72544 del 5 de junio de 2019.

**9. Cuestión preliminar.** De conformidad con los alegatos de conclusión presentados por la parte demandada, de entrada se advierte que la Sala no tiene competencia funcional para pronunciarse respecto al agredo que hace el apoderado judicial en relación con el único testigo escuchado en el proceso.



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

## Consideraciones

En este asunto no es objeto de discusión la existencia de la relación laboral, ni su extremo final -12 de enero de 2019,- por lo que la sala concretará su estudio respecto de los problemas jurídicos identificados anteriormente, los que se resolverán por cuestiones de método de la siguiente manera:

### 1.- Extremo inicial de la relación laboral.

Para atender este punto de inconformidad de la demandada, baste con mencionar que no le asiste razón, dado que desde la contestación de la demanda su apoderado judicial confesó que la fecha inicial de la relación laboral fue el 16 de noviembre de 2018, incluso si se observa la liquidación que se anexó con ese escrito (fl. 16 digital archivo denominado contestación de la demanda), se verifica que para efectuar los cálculos aritméticos por concepto de las prestaciones sociales adeudadas a la demandante, precisamente se tuvo en cuenta como fecha de inicio de la relación laboral la mencionada (16 de noviembre de 2018), de manera que ninguna prosperidad puede surgir en este tópico, ya que no se puede modificar la data de inicio del contrato al 18 de noviembre de 2018, como ahora la pasiva pretende cambiarla de manera escueta y sin ninguna razón de peso que acredite su argumento.

### 2.- Trabajo dominical y festivo.

Lo primero por decir, es que conforme al artículo 172 del Código Sustantivo del Trabajo, reformado por el artículo 25 de la Ley 50 de 1990, salvo en la excepción consagrada en el literal c) del artículo 161 relacionada con la organización de turnos sucesivos, **el empleador está en la obligación de dar descanso remunerado a todos sus trabajadores durante las 24 horas que tiene el día domingo que, como se sabe, por ley, es de descanso obligatorio.** Esto mismo ocurre con los festivos, pero con sujeción al artículo 177 ibídem.



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

Precisamente, por ser los domingos y festivos unos días de descanso obligatorio, el inciso 2° del artículo 174 del mismo estatuto, establece que «*en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado*», es decir, que aun cuando en esos días el trabajador no preste sus servicios personales al empleador, sin duda tiene derecho al reconocimiento y pago de tales días, y estos días, como se dijo, se entienden incluidos en el pago de los 30 días del mes laboral.

A su turno, dispone el párrafo 2° del art. 179 del CST que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos, y habitual cuando lo hace tres o más domingos durante el mes calendario; el que debe remunerarse con un 1.75%, tal como lo dispone el art. 26 de la Ley 789 de 2002. Así mismo estipula el art. 181 ib., que: *“El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo...”*

Frente a la forma como se remuneran los dominicales y festivos habituales ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia: *“Esa regla no se halla concebida en esos mismos términos en los preceptos denunciados como infringidos, como fácilmente se comprueba de sus respectivos textos, toda vez que el artículo 181 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 31 de la Ley 50 de 1990, señala: “El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo”, norma esta que se remite al artículo 179 de ese estatuto que fija dicha retribución en “... un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario, en proporción a las horas laboradas...” (CSJ SL Rad. 29814 del 11 de febrero de 2008), es decir, a pesar de que en esa sentencia se cita a la Ley 50 de 1990, se puede entender por analogía que se aplica de la misma manera con la Ley 789 de 2002, esto es, que aun cuando se traten de días habituales se debe cancelar el respectivo recargo del 1.75%.*



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

Ahora, de cara a la demostración de la prestación de servicios en esos días, tiene dicha nuestra corporación de cierre que se encuentra en cabeza del trabajador acreditar de manera discriminada y concreta, con pruebas contundentes y sólidas, la realización del trabajo en los dominicales y festivos. (CSJ SL Exp. 13678 23 de mayo del 2000 Rad. 23928 del 10 de octubre de 2005)

Bajo esos parámetros normativos y jurisprudenciales procede la Sala a verificar si en el plenario se encontró acreditada la ejecución de labores en domingos y festivos; es así como se trae a acotación lo narrado en el hecho número 3.2.1 y 3.2.3.: *“dentro de la jornada laboral había dos horarios uno era de lunes a viernes 7 am hasta 2 pm, y sábado y domingo de 7 am y 9 am. El otro era de lunes a viernes de 2 pm y hasta 9 pm y sábado y domingo de 7 am y 9 am,”* frente a lo cual lo único que dijo la demandada al contestar el libelo gestor fue que los horarios eran variables.

En el interrogatorio de parte la demandada aceptó que la demandante trabajaba los fines de semana, pero en especial refiriéndose a los domingos, dijo que se le pagaba una bonificación por prestar sus servicios ese día, que existían dos días en que se descansaba los martes o los miércoles dependiendo del turno que se realizara, que los días de mayor venta en la panadería eran los sábados, domingos y festivos.

A su vez la demandante cuando rindió su declaración dijo que a ella no le pagaban los domingos, y que los festivos le cancelaban \$25.000 pesos adicionales a su remuneración ordinaria.

El testigo John Fredy Rico Rodríguez, quien fue trabajador por 12 años de la demandada en la panadería La Esmeralda ejerciendo el cargo de panadero y ex pareja sentimental de la actora, si bien no fue claro en indicar el año en que él ingresó a trabajar sí puntualizó que prestó sus servicios hasta junio de 2020, por lo que se puede inferir que ejerció dicha labor desde el año 2008; este declarante fue contundente en señalar que la demandante trabajaba



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

de lunes a lunes y que descansaba el martes o el viernes; dijo que la actora trabajó en dos oportunidades; la primera vez por 6 u 8 meses y la segunda por 4 meses, sin especificar extremos temporales exactos, en varias oportunidades reiteró que la señora Deisy Gómez al igual que todo el personal trabajaba sábados domingos y festivos, que estos últimos días eran los de mayor venta, dijo que él también trabajaba los fines de semana y que su día de descanso (el del testigo) era los martes.

Lo primero que se puede establecer es que en este caso en particular el trabajo en días domingos y festivos era habitual, en razón a que la demandante trabajaba todos los fines de semana, durante el interregno comprendido del 16 de noviembre de 2018 al 12 de enero de 2019, ya que en esos días había una mayor venta en el salón y panadería La Esmeralda, donde prestó sus servicios la actora.

Elucidado lo anterior, respecto a los festivos, es claro que a la demandante se le cancelaba el correspondiente recargo, incluso un mayor valor al que le correspondía, recuérdese que la accionante refirió que en el día en cita se le pagaba su salario ordinario más la suma de \$25.000, vale la pena resaltar que ella devengaba el salario diario mínimo (tal como lo dijo el testigo, la demandante y la demandada), por lo que el salario mensual para el 2018 fue al suma de \$781.242 y \$828.116 2019, siendo el diario \$26.041 y \$27.603 respectivamente, luego al hacer las operaciones matemáticas el valor del salario diario con recargo por festivo para el 2018 es la suma de \$45.571.75 ( $\$26.041 \times 1.75$ ) y 2019 \$48.305,25 ( $\$27.603 \times 1.75$ ), mientras que normalmente a la actora por esos días le cancelaban la suma de \$51.041 y/o \$52.603 ( $\$26.041$  o  $\$27.603 + \$25.000$ ), por lo tanto ninguna razón le asiste al apelante cuando enrostra el hecho de que no le pagaban el recargo por los días festivos.

No ocurre lo mismo con el trabajo en día domingo, comoquiera que pese a que la demandada aseguró que en ese día se le cancelaba una bonificación, este dicho no contó con respaldo probatorio, con las instrumentales allegadas



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

al proceso, ni con la versión del único testigo escuchado en el plenario, y es claro que tenía un día de descanso compensatorio (martes o miércoles), pero adicional a ello debía pagársele el recargo y así no se hizo, por lo tanto ante su impago bien hizo la juzgadora de instancia en disponerlo, y por dicho rubro ordenó la suma de \$156.248, no obstante resta verificar si la liquidación efectuada por la juzgadora de primer grado se encuentra acorde con el derrotero normativo, ya señalado, en especial debe establecerse si para calcular el recargo en el día domingo lo hizo teniendo en cuenta el 1.75%.

Por consiguiente, como en 2018 la demandante trabajó 7 domingos y en 2019 solo 1 (18 y 25 de noviembre, 2, 9, 16, 23, 30 de dic. de 2018; 6 de enero de 2019), una vez efectuadas las operaciones aritméticas, para este Tribunal el valor del recargo dominical con base en el 1.75% asciende a la suma de **\$367.307.25**, por lo tanto desacertó la juzgadora de instancia al fijar el monto por concepto de esta condena en \$156.248, dado que la efectuó con un porcentaje que no correspondía, vale decir que realizados los cálculos aritméticos por la sala para verificar el porcentaje tenido en cuenta por la juzgadora de instancia, se establece que lo hizo con el 0.75% y no por el que realmente correspondía, se insiste el 1.75%, por lo que en este aspecto le asiste razón al apelante y en esa medida se modificará la sentencia apelada en este punto.

### **3.- Indemnización moratoria por el pago inoportuno e incompleto de salarios y prestaciones sociales del artículo 65 CST.**

La jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que para que proceda la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta con que se verifique el elemento objetivo consistente en la deuda por concepto de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, sino que es deber del juez, dado su carácter sancionatorio, auscultar la conducta asumida por el empleador, con el fin de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva, para ubicarlo en el terreno de la buena fe, independientemente de que sean



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

correctas o no (elemento subjetivo) toda vez que su causación no depende de reglas absolutas o esquemas preestablecidos, sino de las condiciones particulares de cada caso (CSJ SL1166-2018).

Lo importante es que las razones expuestas por el empleador puedan ser consideradas como atendibles, a tal punto que razonablemente lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (a), para ubicarlo en el terreno de la buena fe, entendida esta como aquel «obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, (...) en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos», sin que, por alguna razón, la mala fe pueda presumirse en su contra (CSJ, SL11436-2016).

Así las cosas, la demandada aceptó la existencia de la relación laboral y canceló todos los emolumentos que creía adeudar, incluso sin tener claridad al respecto pagó los recargos de los días festivos, y si no lo hizo con los días domingos, bien puede inferirse que eso se debió a que la demandante trabajaba los fines de semana y descansaba los martes o miércoles, por lo que la demandada pudo entender que como descansaba en esos días no debía pagar el recargo del domingo, circunstancia que a pesar de no ser legalmente válida, no hay lugar a ubicar a la demandada en el escenario de la mala fe, menos si se tiene en cuenta, se itera, que actuó con lealtad procesal en el trámite de primera instancia.

Y si bien el apelante señala que la liquidación final de prestaciones sociales le fue cancelada a la demandante un mes después de culminada la relación laboral, siendo viable la condena por la indemnización del artículo 65 del C.S.T., tal afirmación no cuenta con respaldo probatorio, toda vez que revisada dicha liquidación, no obra fecha de elaboración, ni de recibido por parte de la actora, solo está su firma y su No. de C.C., además en el interrogatorio de parte rendido por la demandada tampoco confesó esa circunstancia, es más ni siquiera se le hizo ninguna pregunta en ese sentido, de tal manera que con la



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

sola manifestación de la demandante en su declaración de parte, no es suficiente para demostrar tal tópico, recordando que le está vedado a los interesados fabricar las pruebas en su favor, por lo tanto ante la ausencia probatoria de ese pago tardío, no hay lugar a fulminar tal condena, por lo que se confirmará la sentencia apelada en este punto.

#### **4.- Auxilio de transporte.**

Para tal efecto, se recuerda que el auxilio de transporte es una figura creada por la Ley 15 de 1959, y reglamentado por el Decreto 1258 de 1959, con el objetivo de subsidiar el costo de movilización de los empleados desde su casa al lugar de trabajo para que sufrague los costos que acarrea tal desplazamiento.

Este auxilio lo contempla la ley para que el empleador lo pague a los trabajadores particulares, empleados públicos y trabajadores oficiales que devengan hasta dos veces el salario mínimo legal mensual vigente, siempre que estos laboren en lugares donde se preste el servicio público de transporte (urbano o rural) y deban utilizarlo para desplazarse de su residencia al sitio de trabajo, sin tener en cuenta la distancia ni el número de veces al día que deba pagar pasajes.

Respecto a este tema nuestra corporación de cierre ha dicho: *“No obstante, se configuran algunas excepciones frente a la posibilidad de acceder a dicho beneficio, como son: (i) si el trabajador vive en el mismo lugar de trabajo, es decir, cuando el traslado no le implica un costo o mayor esfuerzo, y (ii) si la empresa suministra gratuitamente y de manera completa el servicio de transporte...”* *“todo trabajador que devengue hasta dos salarios mínimos legales tiene derecho al auxilio de transporte; luego, si este afirma que no le fue reconocido, es al empleador a quien le corresponde probar que sí lo pagó o que aquel no tenía derecho a su reconocimiento. Ello, por cuanto se trata de una negación indefinida que conforme al artículo 167 del Código General del Proceso no requiere demostración y, por tanto, es al empleador a quien se traslada la carga de desvirtuar su supuesto incumplimiento. Dicha inversión probatoria obedece a la excepción al principio general que consagra*



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

*esta última preceptiva, según la cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, pues obedece a «circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos», caso en el cual el traslado o la inversión hace que «el adversario de la parte favorecida con la presunción o que funda su pretensión en hechos indefinidos es quien debe desvirtuarlos». De este modo, cuando el trabajador afirme que el auxilio de transporte no le fue cancelado, es al empleador a quien le concierne probar que pagó, o que no lo reconoció porque aquel no tenía derecho conforme las excepciones reseñadas.» (CSJ SL2169-2019 Rad. 72544 del 5 de junio de 2019)*

En el asunto que ocupa la atención de la Sala quedó evidenciado que la actora devengaba un SMLMV, en su demanda y en el interrogatorio de parte manifestó que la accionada durante la relación laboral no le canceló dicho rubro; mientras tanto la demandada simplemente se limitó a contestar que la actora no tenía derecho al auxilio de transporte, y si se observa la liquidación de prestaciones sociales efectuada a la demandante en ninguno de los ítems de esta se señala el pago por este concepto (fls. 15 y 16 digitales del cuaderno contestación).

En ese orden de ideas, la demandada no hizo el más mínimo esfuerzo por establecer que no reconoció, ni pago el auxilio de transporte a la demandante, en virtud de que era improcedente, acorde a las excepciones que ha indicado la Corte, es decir, no se demostró que la actora vivía en el mismo lugar de trabajo, o que el traslado no le implicaba un costo o mayor esfuerzo, como tampoco que la pasiva le suministró gratuitamente y de manera completa el servicio de transporte; razones estas suficientes para revocar la sentencia apelada en este punto, para en su lugar ordenar el respectivo pago.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas, teniendo en cuenta que para el año 2018 el auxilio de transporte ascendía a la suma de \$88.211 y para el año 2019 a la suma de \$97.032, se condenará a la demandada a pagar por ese concepto la suma de **\$171.128**.



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

### **5.- Condena en costas de primera instancia.**

Finalmente, en cuanto a lo señalado frente a las costas impuestas por la jueza a quo, baste con decir que de conformidad con el numeral 1º del art. 365 del CGP se condena en costas a la parte vencida en un proceso, y en lo que tiene que ver con la liquidación del monto de las agencias en derecho, solo pueden controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. Por esta razón no procede el pedimento de la parte demandada, sin que se hagan necesarias mayores argumentaciones.

Costas a cargo de la demandada por perder su recurso, inclúyanse como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **Resuelve:**

**Primero: Modificar parcialmente** el numeral 2º de la sentencia apelada en el sentido de señalar que el valor por concepto de recargo dominical es la suma de **\$367.307,25**, acorde con lo aquí considerado.

**Segundo: Revocar parcialmente** el numeral 4º de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a la demandada a pagar en favor de la demandante la suma de **\$171.128**, por concepto de auxilio de transporte, conforme lo motivado.

**Tercero: Confirmar** en lo demás la sentencia apelada.



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

**Cuarto:** Costas a cargo de la parte demandada. En su liquidación, inclúyase la suma de 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho.

**Quinto: Devolver** el expediente al juzgado de origen, una vez quede en firme esta providencia, y sin necesidad de orden adicional.

**Notifíquese y cúmplase,**

  
**MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN**  
Magistrada

  
**EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**  
Magistrado  
(Con salvamento parcial de voto)

  
**JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**  
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR**  
**DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA**  
**SALA LABORAL**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DEISY GÓMEZ ROJAS CONTRA AURA CECILIA SALAMANCA DE RODRÍGUEZ. RADICACIÓN No. 25857 31 03 001 **2020 00052** 01.

Con mi acostumbrado respeto por la posición mayoritaria expreso mi desacuerdo parcial con la decisión adoptada frente a la forma y términos en que la mayoría resolvió el punto atinente a la remuneración de los dominicales y feriados.

La sentencia es clara en cuanto a que los trabajadores que hayan laborado toda la semana tienen derecho a un descanso remunerado en domingos y festivos. Quiere decir lo anterior que, aunque esos días no están obligados a trabajar, se causa el derecho a percibir el salario de ese día. La anterior obligación no desaparece por el hecho de que lo trabaje, pues si lo hace, además de tener que pagarle ese día, debe pagarle el recargo establecido en la ley, que es del 75% del salario ordinario, en la forma en que lo entiende la sentencia. Lo que no percibió la mayoría es que en este caso el salario se pagaba por día, es decir día trabajado, día pagado. Y por laborar el domingo no solo tenían que cancelarle el recargo establecido, sino un salario adicional por el descanso remunerado. Cuando el pago de salarios se hace por mensualidades, quincenas, veintenas o décadas es evidente que en el pago de la respectiva unidad de tiempo va incorporada la remuneración por el festivo o dominical. Lo que no sucedía en este caso, en que el salario se pagaba por día laborado y por laborar en dominical y festivo solamente le cancelaban en un caso el recargo, pero no es salario equivalente al día de descanso.

Para ilustrar más mi posición, parto de suponer que al actor le pagaban \$10.000 diarios; por laborar de lunes a sábado le pagaban entonces \$60.000 semanales; luego trabajaba el domingo, por el cual debía recibir \$17.500, pero en estos pagos se omitía cancelar lo correspondiente al salario del descanso dominical. Si los pagos se hicieran mensualmente el trabajador recibiría por laborar días ordinarios \$300.000. Pero en la modalidad de pagos por días termina recibiendo solo \$260.000, precisamente porque no se le pagaba el descanso dominical. La remuneración por el dominical es igual en ambos casos, de modo que ello no altera la ecuación. Lo mismo ocurre con el trabajo festivo.

Queda claro que en este caso, el trabajo en domingos era habitual, o sea que además el actor tenía derecho a un día de descanso remunerado, que si bien se le concedió, no es claro que se lo hayan remunerado.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones de mi desacuerdo.

Con todo respeto.



**EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

Magistrado

Fecha ut supra