



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**  
**Sala Laboral**

Magistrado Ponente  
**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

<b>Proceso</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicado</b>	76001 31 05 <b>018 2020 00052 01</b>
<b>Juzgado</b>	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante</b>	Héctor Jaime Arturo Córdoba
<b>Demandada</b>	Pollos El Bucanero S.A.
<b>Asunto</b>	<b>Confirma sentencia</b> – Reliquidación por inclusión de factores salariales
<b>Sentencia No.</b>	<b>332</b>

## I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por el apoderado judicial del demandante, contra la sentencia No. 263 del 31 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

## II. ANTECEDENTES

### 1. La demanda<sup>1</sup>

Pretende el demandante se declare la: **i)** existencia de un contrato de trabajo a término fijo del 9 de marzo de 2007 al 8 de febrero de 2019; **ii)** el salario se encontraba compuesto por un básico mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, más una comisión del 0,5% del total recaudado como vendedor<sup>2</sup>; **iii)** ausencia de pago de los festivos laborados en los años 2015 a 2019, compensación de descanso y el recargo correspondiente; en consecuencia se condene: **iv)** al pago de los días festivos

<sup>1</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 páginas 14 a 39

<sup>2</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 **página 26**. El salario promedio mensual correspondía a **2016** \$1.592.565; **2017** \$1.249.744; **2018** \$1.050.162 y **2019** \$1.124.496

y sus recargos no cancelados entre 2015 y 2019; **v)** la indemnización del artículo 65 del CST; **vi)** los demás derechos que resulten probados de conformidad con las facultades ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. **Subsidiariamente** peticona la indexación de las condenas.

## 2. Contestación de la demanda.

La accionada, contestó en término la demanda<sup>3</sup>, la cual, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal, no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.).

## 3. Decisión de primera instancia

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia<sup>4</sup> referida al inicio de este fallo, en la que **i)** declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no bebido; **ii)** absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra; **iii)** condenó en costas al demandante y fijó como agencias en derecho la suma de un (1) smlmv.

Para arribar a tal decisión, expuso que entre las partes existieron 11 contratos de trabajo a término fijo, 10 de ellos por el lapso de cuatro meses, con dos prórrogas de cada uno, al finalizar cada una de estas se firmaba un nuevo contrato, y así fue desde el 3 de febrero de 1997 hasta el 15 de octubre de 2007. Luego, el 16 de noviembre de 2007 las partes suscribieron el contrato No. 11, cuya fecha de terminación era el 14 de marzo de 2008, el cual se prorrogó de manera sucesiva hasta el 15 de marzo de 2009. Después de esto, se renovó automáticamente por el período de un año. Finalizando la labor el 8 de febrero de 2019.

En cuanto a las **comisiones** como factor salarial, advirtió que elaboró cálculos aritméticos para determinar si aquellas se tomaron como parte de la base salarial para los años 2015 a 2019, de manera que concluyó que el empleador las tuvo en cuenta. Luego señaló que los recibos de caja no permiten inferir el número de horas durante las cuales el actor laboró. Adicionalmente precisó que el contrato de trabajo señala de manera expresa que el trabajo suplementario debe ser autorizado por escrito para su reconocimiento. Que no se probó en el asunto que ejerció la labor a partir de una

---

<sup>3</sup> 04ContestaciónPollosBucanero páginas 3 a 35

<sup>4</sup> 20AudioAudVirtualNo368 y 21ActaAudienciaNo368

instrucción del supervisor. Además, luego de valorar los medios de prueba, llegó a la conclusión que no se acreditó el trabajo festivo, esto es, cuántos días y horas de manera concreta.

#### **4. La apelación**

El demandante<sup>5</sup> recurre la decisión por considerar que **i)** en el asunto lo reclamado era el reconocimiento y pago de los recargos festivos entre junio de 2018 y el 9 de febrero de 2019, sin que se realizara operación aritmética alguna sobre el particular, pues su pago se hizo sobre el salario mínimo y no sobre las comisiones. La discusión no giraba en torno a una inconformidad sobre las comisiones de cara a las prestaciones sociales, sino al deterioro de los derechos ciertos a partir de la ausencia de pago del recargo suplementario sin tener en cuenta para ello el salario incluyendo las comisiones. **ii)** Considera que individualizó en debida forma los días festivos reclamados, lo cual se sustenta en debida forma a partir de los testimonios recaudados. **iii)** Se opone a que se reste valor probatorio al interrogatorio, el cual no fue desvirtuado por la demandada. **iv)** La juzgadora pasó por alto el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades al desconocer que “*se le reconocen a partir de 2018 recargos festivos*” pues se le autorizó de manera verbal por los supervisores. **v)** No se tuvo en cuenta el testimonio de la esposa del demandante, quien refirió que el horario en el que prestaba servicios desde las 8:00 a.m. a las 2:00 p.m. **vi)** Finalmente expone que al crearse la duda en la prestación del servicio en días feriados a partir de los comprobantes de caja, debió practicar pruebas de oficio para establecer la verdad.

#### **5. Trámite de segunda instancia**

##### **Alegatos de conclusión**

Previo traslado para alegatos de conclusión, únicamente el apoderado de Pollos El Bucanero S.A. se pronunció en los términos visibles en el memorial “*05AlegatosPollosBucanero*”.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El artículo 35 de la Ley 712 de 2001, por medio del cual adicionó el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., regula el principio de consonancia. Este consiste en que la decisión que resuelva la apelación de autos y sentencias deberá sujetarse a los puntos objeto

---

<sup>5</sup> 20AudioAudVirtualNo368

del recurso de apelación. En consecuencia, la decisión de segunda instancia no podrá tocar los puntos que los apelantes no impugnaron.

## 1. Problemas jurídicos.

No es objeto de discusión en la alzada, **i)** la existencia de múltiples contratos de trabajo a término fijo entre las partes, y que el último de estos tuvo vigencia entre el 9 de marzo de 2007 y el 8 de febrero de 2019; **ii)** desempeñando como último cargo el de vendedor o asesor comercial, **iii)** además que percibió el smlmv como salario básico más comisiones.<sup>6</sup>

Por tanto, corresponde a la Sala establecer si:

- I. ¿Se demuestra en el plenario el cumplimiento de trabajo suplementario, y/o festivo, pendiente de pago en favor del actor?

## 2. Respuesta al problema jurídico.

La respuesta al interrogante es **negativa**. No se acreditó trabajo suplementario, festivo pendiente de pago por la parte pasiva. Por ende, se confirmará el fallo objeto de apelación.

### 2.1. Los fundamentos de la tesis.

#### Trabajo suplementario y carga probatoria

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL7578 del 17 de junio de 2015, radicación No. 47568, frente al pago de salarios por haber laborado tiempo suplementario, dominicales y festivos, puntualizó:

*“...para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador **no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia**, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una **definitiva claridad y precisión** que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. CSJSL 15 de julio de 2008; rad, 31637”.*

---

<sup>6</sup> 04ContestaciónPollosBucanero páginas 54, 55, 59, 60, 62, 63, 70, 71, 75, 76, 81, 82, 86, 87, 89, 90, 93, 94, 99, 100, 104, 105 y 107; 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 páginas 69 a 76

En este orden de ideas, le corresponde al trabajador probar de manera clara y precisa que efectivamente laboró en dichas jornadas, determinando la época, días y horas en los cuales realmente se prestó el servicio, ya que al juzgador le está vedado hacer cálculos y suposiciones en orden a establecer su número.

Aunado a lo anterior, es menester recordar que la jurisprudencia nacional, ha establecido de tiempo atrás que los testimonios son de escaso valor probatorio en cuanto a dicha materia se refiere, por cuanto:

*“En repetidas ocasiones ha dicho esta Corporación que **la prueba testimonial que tan a menudo se utiliza para acreditar hechos como el referente al trabajo ejecutado en días feriados y en horas extras, en la mayor parte de los casos resulta deficiente, por falta de precisión, ya que aunque los testigos tratan de acomodarse al respectivo interrogatorio no explican satisfactoriamente la razón de ser del conocimiento de aquellos hechos, o al expresarla no dejan en el ánimo del juzgador la sensación completa de certidumbre acerca de ellos**”.* (Tribunal Supremo, 15 de marzo de 1952).<sup>7</sup>

## 2.2. Caso en Concreto

Sostiene el extremo demandante que prestó servicios los días festivos entre 2015 y 2019, afirmaciones soportadas en los hechos 11 a 15 de la demanda, aunado a ello en las pretensiones 9 a 12<sup>8</sup> refiere los días en que laboró.

Ahora como medios de prueba se incorporó al plenario la siguiente documental:

- i) Comprobantes de nómina del 1º de enero al 15 de octubre de 2015 y diciembre del mismo año<sup>9</sup>; 1º de enero 15 de septiembre de 2016, 16 de octubre de la misma calenda a 31 de diciembre de 2016<sup>10</sup>; 1º de enero a 31 de diciembre de 2017<sup>11</sup>; de 1º de enero a 31 de mayo de 2018<sup>12</sup>, sin que en alguno de ellos se incorpore el trabajo suplementario llevado a cabo los días festivos.
- ii) Comprobantes de nómina de los meses de junio a agosto y de octubre a de 2018 a enero de 2019<sup>13</sup>, en los que se registra como horas extras la siguientes.

Concepto	Hrs/Trab	Valor
----------	----------	-------

<sup>7</sup> [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20del%20Trabajo/GJ%20VIII%20n.%2065-71%20\(1953\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20del%20Trabajo/GJ%20VIII%20n.%2065-71%20(1953).pdf)

<sup>8</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 página 27

<sup>9</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 páginas 61 a 65

<sup>10</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 páginas 102 a 115

<sup>11</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 páginas 116 a 129

<sup>12</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 páginas 130 a 133

<sup>13</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 páginas 134 a 141

Domic/Festivo	6	\$34.178
Domic/Festivo	6	\$34.178
Domic/Festivo	6	\$34.178
Domic/Festivo	12	\$68.356
Domic/Festivo	6	\$34.178
Domic/Festivo	12	\$68.355
Domic/Festivo	6	\$68.355
Domic/Festivo	12	\$72.450

- iii) Formato de liquidación de prestaciones sociales de 8 de junio de 2019<sup>14</sup> elaborado por la parte demandante.
- iv) Derecho de petición elevado el 25 de febrero de 2019<sup>15</sup> mediante el cual solicitó la *“entrega de las copias de contrato o contratos de trabajo que celebré con la empresa durante el tiempo que estuvo empleado (3 de febrero de 1997 8 de febrero 2019)”*
- v) Respuesta de 28 de febrero de 2019<sup>16</sup>, en cuyo contenido se anota *“por medio del presente adjunto copia de contratos de trabajo suscritos el 3 de febrero de 1997, 17 y de 2000, 16 de octubre de 2006 y 16 de noviembre de 2007”*

Se escuchó en **interrogatorio al representante legal** de la empresa, quien manifestó que los vendedores ingresan la información a una plataforma ICOM a través de un dispositivo, pero que no sabe cómo funciona. Señaló que el horario para desempeñar la labor de los vendedores era de 7:30 a.m. a 4:00 p.m., junto con el espacio para el almuerzo. A partir de julio de 2018 se pagaron los recargos festivos que se causaron. Indicó que la autorización para el trabajo suplementario se autorizó de manera general a la compañía de conformidad a los lineamientos del Ministerio de Trabajo. Finalmente manifestó que los vendedores acudían a visitar a los clientes dependiendo de los requerimientos que hiciera el gerente. Los comerciales, además de vender, tenían la labor de cobrar los dineros al cliente y entregarlos la empresa dentro de los 2 días siguientes.

Por su parte, el **demandante contó en su interrogatorio** que suscribió 3 contratos de trabajo con la empresa. Que en ellos se pactó el salario mínimo mensual más comisiones, estas últimas eran variables. Dijo que tomaba los pedidos desde un dispositivo en el cual reportaba lo solicitado por el cliente mientras realizaba la ruta, es decir elaboraba los pedidos de manera presencial, luego señaló que en otras oportunidades realizaba los requerimientos sobre los pedidos en lugares distintos a donde se encontraba el cliente e incluso manifestó que podía programar en fechas

<sup>14</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 páginas 77 a 100

<sup>15</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 página 67

<sup>16</sup> 01ExpedienteDigitalizado01820200005200 página 68

futuras los pedidos, esto es, si el cliente se comunicaba de manera telefónica adelantaba los pedidos en festivo. Aseguró que, por orden del gerente, el supervisor les indicaba que debían trabajar los días festivos. Finalmente precisó que no solicitó permiso para laborar en esos días.

Se recibió el testimonio de **Liliana Terranova**, quien manifestó que se encuentra casada con el demandante desde hace 29 años, motivo por el que le consta que este prestó servicios a favor de la demandada entre 1997 y 2019. Afirmó que su consorte laboraba de lunes a sábado además de los festivos. Sobre los días festivos expresó que el horario en aquellos era de 8:00 a.m. a 2:00 p.m. y que ello era así porque no podían salir a ningún lado, pues el único festivo en el que no laboraba era viernes santo. Adujo que antes de que se implementara el sistema electrónico, el actor usaba unas carpetas amarillas que organizaba en la casa, en donde registraba los pedidos, por lo que debía desplazarse el día festivo a depositarlas en el buzón de la empresa, si no, al día siguiente no despachaban el pedido al cliente.

De igual manera la señora **Nohemí Montero Solarte** sostuvo que el demandante laboró para Pollos El Bucanero, empresa que era la proveedora avícola del local comercial que ella tiene en el barrio Floralia. Indicó que el actor era el vendedor para la zona en dónde estaba su negocio, identificándose con una camisa y talonarios que tenían el logo de la empresa. Expuso que inicialmente conoció en el año 94 al actor cuando éste prestaba servicios para Pollos Carioca, luego él se trasladó a Pollos El Bucanero y allí él siguió suministrando las aves para la venta. Afirmó que Jaime Arturo acudía a los martes los viernes a su negocio, luego refirió que los martes y los miércoles, e incluso iba los festivos. Aseveró que el demandante fue durante 15 años los días festivos a trabajar, y que solo faltaba cuando tomaba vacaciones. También expuso que en algunas oportunidades, como requería de los productos, de manera diaria se comunicaba telefónicamente con el accionante a efecto de realizar los pedidos. Cuando Jaime Arturo gozaba de vacaciones, ella se comunicaba con una persona que él le presentaba para efectuar los pedidos. Después de que el demandante dejó de trabajar las personas que lo reemplazaron ejecutaban la ruta martes y viernes.

En cuanto al horario en el que se desarrollaban las visitas, precisó que Héctor Jaime se presentaba entre 9:00 a.m. y 10:00 a.m., luego seguía la ruta además “cree” que terminaba labores a las 2:00 p.m., pero ella podía llamarlo hasta las 4:00 p.m. pues tenía un horario para “dictar” los pedidos.

Agregó a su relato que en pollos El Bucanero, a ella -la testigo- le daban un crédito para acceder a la mercancía, el cual era reducido, motivo por el que debía pedir casi a diario y necesitaba que el demandante recaudara el dinero para liberar el cupo, incluso algunas veces debía cancelar el valor del producto el sábado para poder recibir el lunes o el martes el pedido.

Sea lo primero advertir que de acuerdo en materia de prueba sobre el recaudado no es posible establecer con esa actitud qué días festivos y cuántas horas prestó servicios el entonces trabajador, nótese como el plenario se allegó un cálculo elaborado por la parte actora, en ese orden no puede el accionante sacar provecho de una prueba que fabricó en su beneficio, sin que cuente con ningún respaldo documental o testimonial, pues las manifestaciones de la señora Liliana Terranova se limitan a lo que ella sabe en su calidad de consorte, empero, en ninguna de sus expresiones se hace alusión a que hubiere acompañado al actor a ejercer su labor, y que por ello percibiera de manera directa el horario en el que se prestó el servicio.

Tampoco puede acudir a lo referido por el demandante respecto a los días y horas trabajadas, toda vez, que el interrogatorio de parte busca la confesión de hechos que resulten adversos a quien vierte la declaración. Es de advertir que no se allegó ningún soporte documental acerca de los pedidos que recibió en los días festivos y que den cuenta además de las fechas de las horas en las que se ejercieron funciones.

Al punto cabe resaltar que la señora Nohemí Montero Solarte presentó varias contradicciones en su testimonio como quiera que en algunas oportunidades manifestó que el actor siempre acudía a hacer las visitas martes y viernes luego refirió que ello acaecía martes y miércoles y posteriormente adujo que siempre acudía a los días festivos, en gracia de discusión si se diera plena validez probatoria a dicha declaración, de aquella solo puede extraerse que demandante llegaba al local comercial de aquella entre las 10:00 a.m. y las 11:00 a.m. sin que pueda establecerse a qué hora se retiraba de allí, dado que la testigo refiere que él seguía con la ruta que le correspondía.

Bajo esta óptica, se tiene que no se cumplió con la necesidad de la prueba (164 CGP), ni con la carga que de aquella le correspondía al extremo activo de la acción ordinaria laboral (167 CGP), sin que sea dable para la administración de justicia emitir sentencias basadas en suposiciones.

Ahora en cuanto a los reparos en la liquidación, se tiene que el artículo 179 del CST regula el pago del trabajo dominical y festivo, así:

*“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.”*

Basta entonces con una lectura de la norma para establecer que la liquidación de las horas dominicales y festivas se efectúa con la base salarial ordinaria que devenga el trabajador, y no con las remuneraciones variables que percibe, aunado a lo anterior, no obra en el contrato de trabajo ni se aportó convención colectiva laudo arbitral u otrosí con el cual se acredite que las partes pactaron las comisiones como parte de la base salarial para la liquidación de las horas dominicales y festivas.

Por último, en lo referente a las facultades oficiosas del juez laboral, efectivamente cuando existe duda razonable acerca de circunstancias que deben ventilarse en el asunto a fin de auscultar la verdad, dicha potestad es ejercida ampliamente, empero, en el asunto bajo estudio no se puede achacar a la juzgadora de primer grado culpa alguna en la de deficiencia probatoria de la parte actora respecto de los supuestos de hecho planteados en la demanda y que estaban a su cargo conforme al antes mencionado artículo 167 del CGP.

Con los fondos del expuesto se confirmará el proveído recurrido.

### **3. Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia al demandante y en favor de la demandada.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia objeto de apelación.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia al demandante y en favor de la parte accionada. Las agencias en derecho se fijan en suma de medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente.

**TERCERO:** Notifíquese esta decisión por edicto.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
Cali-Valle  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
Cali-Valle  
**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**