



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, veintisiete de julio de dos mil veintiuno**

#### **S18-167**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN  
Demandante: **HERNÁN DARÍO CADAVID CADAVID**  
Demandados: **CINDY PAOLA MUÑOZ GUTIERREZ y RUBÉN DARÍO MUÑOZ BENAVIDES**  
Radicado No.: 05001-31-05-013-2016-00953-01  
Decisión: **CONFIRMA PARCIALMENTE.**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL, MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación formulado por ambas partes dentro del proceso de la referencia.

En este punto es necesario advertir que si bien el apoderado de los demandados renunció al poder, lo cierto es que de acuerdo a lo normado en el art. 76 del CGP, la renuncia no pone término al mismo si no se acompaña de la comunicación enviada al poderdante, lo que en este caso no ocurrió, razón por la que NO se impartirá trámite a la solicitud del Dr. Nicolás Fredy Manrique Ríos.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 expedido el 4 de junio de 2020, en consonancia con los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 22** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

#### **1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES**

##### **1.1. LO PRETENDIDO**

**Pretende** el demandante que en virtud del *principio constitucional de contrato realidad*, tras la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre 4 de febrero de

2015 y el 15 de marzo de 2016, cuando fue despedido de manera unilateral e injusta, se condene a sus empleadores a pagar de manera individual o solidaria, los siguientes conceptos:

- La indemnización por despido injusto.
- Las horas extras laboradas.
- Los recargos por trabajo en jornada nocturna, dominicales y días festivos.
- La reliquidación de las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio) teniendo en cuenta el tiempo extra laborado y los recargos por todo concepto.
- La sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías a un fondo.
- El reajuste de los aportes a la seguridad social en pensiones.
- La indexación de las condenas.
- Y las costas del proceso.

## **1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:**

- ✓ Que laboró al servicio de los demandados mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 4 de febrero de 2015 hasta el 15 de marzo de 2016, desempeñando el cargo de guarda de seguridad (vigilante), devengando un salario de \$1.200.000 mensuales.
- ✓ Que al momento del despido injusto, el empleador no adujo ninguna causa, simplemente le manifestó que se le había cumplido el contrato y le pagó una liquidación de prestaciones sociales invocando como causal *renuncia voluntaria*.
- ✓ Que laboraba en el Hotel Eva Suites todos los días de la semana, 12 horas diarias, entre las 5:00 p.m. y las 5:00 a.m., descansando dos domingos al mes, sin percibir remuneración por las horas extras o los recargos nocturnos, dominicales o festivos.
- ✓ Que en el año 2016 no realizaron la consignación de las cesantías, sino que se las cancelaron el 15 de marzo de esa anualidad junto con la liquidación.
- ✓ Que estaba afiliado en seguridad social por parte de Paola Muñoz, hija de Rubén Darío Muñoz, siendo éste quien lo había contratado para desarrollar la actividad en dicho establecimiento, que se encuentra *matriculado* a nombre de su hija.

## **1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Inicialmente se pronunció el señor **RUBÉN DARÍO MUÑOZ BENAVIDES** aduciendo que no poseía establecimiento de comercio alguno o unidad de producción económica, que sólo fungía como administrador del hotel EVA SUITES, nunca lo contrató, sólo eran compañeros de trabajo. Frente a los restantes hechos adujo que el salario correspondía al mínimo legal vigente, más auxilio de transporte y horas extras

Por su parte la señora **CINDY PAOLA MUÑOZ GUTIERREZ** señaló que el actor nunca fue despedido, que fue este quien no quiso continuar laborando y solicitó la liquidación de sus prestaciones, las cuales fueron canceladas oportunamente. Advierte que el salario era el mínimo legal vigente, más auxilio de transporte y las horas extras que laboraba. Que pagó las cesantías al demandante quien le manifestó que no se las consignara en ningún fondo. Agrega que el señor Rubén Darío no era el empleador directo del actor, únicamente como administrador estaba autorizado para efectuar algunos pagos en su ausencia, siendo ella la encargada del establecimiento de comercio y el pago de la seguridad social.

#### 1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 8 de agosto de 2018, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín **CONDENÓ** a la señora CINDY PAOLA MUÑOZ GUTIERREZ a reconocer y pagar al accionante los siguientes conceptos:

- \$307.807 por reajuste de recargos por trabajo nocturno.
- \$341 por reajustes de recargos por horas extras diurnas.
- \$563.124 por reajuste de recargos por horas extras nocturnas.
- \$60.573 por reajuste de recargos por trabajo dominical y festivo.
- \$106.331 por reajuste de cesantías.
- \$53.028 por reajuste de primas de servicios.
- \$85.130 por reajuste de vacaciones.

Montos que debían ser indexados al momento del pago. Autorizó a la demandada a descontar del total de las condenas, la suma de \$40.668 por mayor valor pagado a título de intereses a las cesantías.

- Igualmente ordenó pagar a la administradora de fondo de pensiones donde actualmente se encontrara afiliado el actor, el cálculo actuarial tendiente a validar los aportes al sistema general de pensiones y/o reajustes, dependiendo del ciclo, tomando los IBC que enlista (2015: febrero \$712.007; marzo \$1.146.352; abril \$1.149.721; mayo \$1.149.154; junio \$1.148.373; julio \$1.148.864; agosto \$1.147.522; septiembre \$1.214.274; octubre

\$1.213.974; noviembre \$1.215.708 y diciembre \$1.213.602. Y para el año 2016: enero \$1.187.871; febrero \$1.188.668 y marzo \$922.553)

Para la materialización de ello, ordenó a la señora Muñoz Gutiérrez que dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, radicara en la administradora la solicitud de liquidación de los cálculos actuariales correspondientes.

**ABSOLVIÓ** a la accionada y al codemandado señor RUBÉN DARÍO MUÑOZ BENAVIDES de las restantes pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente condenó en costas a la señora CINDY PAOLA MUÑOZ, fijando como agencias en derecho la suma de \$400.000.

Dentro del término concedido por la ley, la parte actora y la demandada interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

## **2. ARGUMENTOS**

### **2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR**

Analizadas las pruebas en su conjunto y la contestación de la demanda, atribuyó la condición de empleador exclusivamente a la señora Cindy Muñoz Gutiérrez, propietaria del establecimiento de comercio ubicado en el lugar donde el demandante adujo haber prestado sus servicios personales, aunado a que fue la beneficiada con dicha prestación y además fue la que afilió al actor a la ARL y la AFP, siendo además la parte que aportó no sólo el documento contentivo de la liquidación, sino además diversas colillas de nómina donde se identificaba como empleadora, calidad que no se predicaba respecto del pagador del salario, señor Rubén Darío, cuyo rol era de representante del empleador de acuerdo al alcance del art. 32 del CST. Aclarando que en este punto el testigo era inconducente pues no orientaba el convencimiento del despacho dado que desconocía quienes eran los demandados.

Tras realizar algunas precisiones en cuanto al salario, identificando la disparidad que existía entre algunos pruebas, liquidó los haberes deprecados teniendo en cuenta las colillas de pago de nómina donde con claridad se apreciaba la jornada cumplida por el demandante, con días y horas, con un rubro denominado *auxilio no constitutivo de salario por mutuo acuerdo entre las partes*, que correspondía al pago de los recargos pero con base en el salario mínimo, referenciando la a quo en cada mensualidad las horas extras laboradas, concluyendo que el actor

realmente percibía un salario variable, dado que no siempre laboró entre las horas referenciadas en la demanda, había días que entraba o salía antes o después de la hora indicada en el líbello genitor, y dependiendo de ello laboraba horas extras nocturnas, esporádicamente diurnas y con disímiles recargos cuando ello sucedía en los dominicales y festivos. Preciso que aunque era carga del demandante su acreditación, para el caso la documental había sido aportada por la empleadora en un acto de lealtad procesal

En cuanto a la indemnización del art. 64 del CST mencionó que era carga de la parte actora acreditar el despido, lo que no aconteció, por el contrario, en la liquidación de prestaciones sociales se referenciaba que el vínculo feneció por renuncia del demandante.

Respecto a la sanción del art. 99 de la Ley 50 de 1990 estimó que su imposición NO era automática debiéndose analizar si el empleador obró de buena fe, lo que en este caso sucedía al pagar al subordinado lo que creyó deber, liquidando las prestaciones con un salario base muy cercano al real, aunado a que la relación feneció un mes después de vencer la obligación de consignar las cesantías en un fondo.

Igualmente ordenó el reajuste de los aportes al régimen pensional conforme el salario realmente devengado, dado que los que se alcanzaron a realizar en los extremos temporales, lo fueron con base en el mínimo legal.

## **2.2. RECURSO DE APELACION**

### **2.2.1. INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA**

Su descontento se centró en lo atinente a la procedencia de la indemnización por despido injusto por cuanto si bien le correspondía probar los hechos de la demanda lo cierto era que con relación al despido por parte del empleador, no hubo pronunciamiento en la contestación, aceptándose así su existencia al no invocar una razón, entendimiento que se debía darse a tal situación en virtud del *principio de favorabilidad ante la duda*. Destaca que en el plenario tampoco obraba la renuncia voluntaria que aludía el empleador.

### **2.2.2. RECURSO DE APELACION DE CINDY PAOLA MUÑOZ**

Expone que jurisprudencialmente era claro el efecto probatorio de acreditar, más allá de toda duda, la cancelación al actor de todas las prestaciones sociales, por lo que no estaba de acuerdo con el despacho respecto a la existencia de unos salarios variables que nunca probó el demandante y los sacó fue el despacho partiendo de un montón de lagunas que extraía de una documentación, entre ellas la certificación que obraba en el folio 8 cuya firma no correspondía a los hechos reales, situación que demostraría ante la Fiscalía General de la Nación. Aunado a que incluso la a quo advertía un pago superior de algunos rubros.

Añade que del interrogatorio absuelto por el actor surgían dudas de si fue contratado por el hotel o por Inversiones K-turros, deficiencia probatoria muy grande.

### **2.3. ALEGATOS**

Ninguna de las partes presentó alegatos.

### **3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA**

Pese a lo confuso que resultaron algunos de los argumentos expuestos en los recursos de alzada, de un análisis integral de los mismos, la Sala extrajo el problema jurídico y por ello centrará su análisis en determinar:

- Si la señora CINDY PAOLA MUÑOZ GUTIERREZ, propietaria del establecimiento de comercio Inversiones k-Turros, puede catalogarse como empleadora del actor, o por si tal calidad debe predicarse respecto del hotel Eva Suites.
- Si se acreditó la existencia de un salario variable que cimentase el reconocimiento de los haberes liquidados.
- Si es procedente el reconocimiento de la indemnización por despido injusto regulada en el art. 64 del CST, examinando si le correspondía al empleador acreditar la existencia de la renuncia.

### **4. CONSIDERACIONES**

#### **SOBRE EL EMPLEADOR:**

A través de esta acción la parte actora pretendía la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo por considerar que prestó una labor en forma personal, bajo permanente subordinación y por la cual recibía una remuneración, dirigiendo la acción contra dos personas naturales en aras que se definiera en el trámite de esta acción, si las condenas debían emitirse frente a uno de ellos o ambos de manera solidaria.

Habiéndose encontrado acreditado y configurados los tres elementos establecidos en el Art. 23 del C. S. del Trabajo, la juez accedió a dicha súplica frente a uno de los codemandados, señora Cindy Paola Muñoz Gutiérrez, absolviendo a quien el actor identificó como el padre de aquella, señor Rubén Darío Muñoz Benavides.

Empero uno de los recurrentes parece oponerse a ello cuando menciona que del interrogatorio absuelto por el demandante, surgían dudas de si fue contratado por *el hotel o por Inversiones K-turros*, situación que califica como una *deficiencia probatoria muy grande* sin sustentar suficientemente su descontento o la injerencia de tal *deficiencia* de cara a la declaratoria efectuada por la a quo.

La única intelección posible es que su oposición se dirige a atacar la condición de empleador que la juez le atribuyó exclusivamente a la señora Cindy Muñoz Gutiérrez.

Para analizar este punto se torna pertinente realizar las siguientes precisiones:

Sabido es que existe un contrato de trabajo cuando se presentan los tres elementos establecidos en el Art. 23 del C. S. del Trabajo, como la prestación personal del servicio, subordinación y salario, cuyo elemento base es el segundo de los aludidos, que se refiere a la facultad subordinante y sancionatoria del empleador sobre el trabajador, representada en la imposición de reglamentos, órdenes, vigilancia, control de la actividad prestada en forma permanente, sin que se vea desnaturalizada la condición del contrato en razón de la denominación que se le dé a la remuneración, la forma de ejercer la labor, el lugar o tiempo que se disponga para ello.

Además existe la presunción del Art. 24 *ibídem*, empero quien alega su existencia, debe probar al menos, la prestación personal del servicio y la remuneración recibida por ello, y de ese modo se encuentra en una situación de ventaja frente al presunto empleador, quien en todo caso, tiene la posibilidad de desvirtuar tal presunción, demostrando que la relación no fue subordinada sino que por el contrario, fue autónoma e independiente, o que ésta se rigió mediante un contrato de otra naturaleza jurídica.

En consonancia con lo anterior, sobre los elementos que se deben analizar para efectos de verificar la existencia de un vínculo laboral, nuestro órgano de cierre en providencia con radicación 36.549 M.P. Luis Javier Osorio López expuso que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal este demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, señaló que no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, dado que en éste evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el art. 24 del CST.

Pues bien, cabe recordar que el operador jurídico debe apreciar las pruebas de acuerdo con las circunstancias de cada caso, aplicando las reglas de la sana crítica, en una clara expresión de la libre formación del convencimiento, tal y como lo señalan los Art. 60 y 61 del C. de P. Laboral y de la Seguridad Social, y ello es importante saberlo pues de un análisis del acervo probatorio, ninguna *deficiencia* se aprecia, mucho menos en las consideraciones de la a quo.

Comencemos por recordar los dichos del actor en el interrogatorio de parte absuelto, quien, en síntesis, expuso lo que a continuación se reseñará, y aunque no corresponde a una transcripción exacta, si recoge lo que en tal oportunidad expresó, así:

Entró a trabajar el 15 de marzo de 2015, exactamente trabajó 13 meses allá, en el hotel Eva suite que queda en la calle 51 # 67 b 51. Que fue contratado por el señor Rubén Darío Muñoz. Que en sí lo liquidaron pero no debidamente teniendo en cuenta el horario en que laboraba, porque el promedio de sus quincenas eran \$750.000 y él le pagaba \$600.000 rasos. Descansaba 2 días cada quincena. Siempre trabajó de noche. De 5 de la tarde a 5 de la mañana. No sabe cuántas horas le adeudan. Cindy es la hija del señor Rubén, figura como la propietaria de ese hotel, no sabe hasta donde sea verdad, que ella iba más que todo los fines de semanas allá a la recepción, y se ponía de recepcionista, mandaba a limpiar las habitaciones y dirigía el personal. Le pagaba Rubén Darío, el horario no se lo tenían que decir, porque iba fijo desde que arreglamos, uno de noche y el otro de día. Rubén fue quien le dio el horario. ¿Cindy llegó a darle órdenes a usted? De vez en cuando sí, pero el trato directo era con el señor, que era supuestamente el encargado, el gerente, el que me pagaba, me decía hay que hacer esto o hay que hacer aquello. Que recibió el pago de la cesantía, la prima y vacaciones de acuerdo al sueldo que le pagaban. Si no podía ir a trabajar le pedía permiso a Rubén, él era su jefe. Después de tres meses de estar laborando allá lo afiliaron a seguridad social, la verdad no sabe quien manejaba eso allá.

Para entender en contexto de sus afirmaciones, remitámonos a la prueba documental.

Como sustento de la pretensión, entre otros, el demandante allega un documento que claramente se puede catalogar como una certificación laboral, suscrita por Cindy Muñoz según la cual el señor Hernán Darío Cadavid, para el 3 de marzo de 2016, día de su elaboración (según el



encabezado), aquel se encontraba laborando bajo un contrato de trabajo fijo a un año, desempeñando el cargo de vigilante del hotel desde el 4 de febrero de 2015 y devengando un salario mensual de \$1.200.000.

Es este el documento que obra a folio 8 cuya autenticidad parece cuestionar el apoderado de la parte resistente cuando en el recurso de alzada ataca la veracidad de la información que de ahí se extracta y avisa que ello será esclarecido ante la Fiscalía General de la Nación. Empero, ni lo tachó en la oportunidad procesal oportuna, tampoco solicitó que a través de perito grafólogo se estableciera la autenticidad de la firma o contenido y en todo caso, hasta ahora, no se tiene noticia que algún órgano competente hubiese declarado la incursión en una falsedad.

He ahí un primer elemento que da cuenta de la calidad de empleadora de la señora Cincy, y si tal apreciación no fuese de recibo, a igual conclusión se arribaría tras el estudio de la restante prueba documental, la que, sin asomo de duda, advierte tal estatus.

Véase la certificación de afiliación realizada por la ARL SURA (fl.10), la historia laboral expedida por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 16), la liquidación del contrato individual de trabajo (fl.37), las múltiples colillas de liquidación de nómina (fls. 38 a 85). En todas ellas figura la señora Cindy Paola Muñoz Gutiérrez como empleadora, situación con la que NO mostró reparo el subordinado a través del recurso de alzada.

Ahora, el hecho de que en constancia de pago, el administrador del establecimiento de comercio, señor Rubén Darío Muñoz, le hiciera firmar al trabajador algunos recibos de caja menor, en señal de haber recibido determinado monto, NO implica que su compañero de trabajo adquiriera la calidad de empleador, menos aun cuando de una lectura de la contestación de la demanda efectuada por la señora Muñoz Gutiérrez, aunque NO lo aduce expresamente, lanza una serie de afirmaciones de las que se extrae que no se está abrogando el estatus definido por la falladora. Afirma que no despidió al actor, que le pagó el salario mínimo, más el auxilio de transporte y horas extras, que le entregó las cesantías, incluso advierte que era la que cancelaba la seguridad social e indica que el establecimiento de comercio se encontraba a su nombre.

Bajo dicha óptica podrían resultar contradictorios los planteamientos del togado en la contestación en contraste con el recurso de alzada, pues de un lado acepta la existencia del vínculo laboral, pero luego lo pone en tela de juicio.

Ciertamente ninguna discusión real podría ameritar las palabras del actor en el interrogatorio absuelto, cuando afirma que sus servicios los prestaba en un hotel, lo que en parte alguna significa que el *hotel* sea el empleador, se trata de un establecimiento de comercio propiedad de una persona natural que precisamente es la legitimada para ser llamada a juicio. Fue ello lo que ocurrió, legitimación que con claridad se extrae de certificado de Registro Mercantil expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, del que se extrae que el establecimiento INVERSIONES K-TURROS funciona en la Calle 51 # 67 B 51 y fue matriculado a nombre de Cindy Paola Muñoz Gutiérrez, siendo precisamente esa la dirección que identifican tanto el demandante y su testigo, señor Sergio Martín Galeano Cano, como el lugar donde aquel prestaba sus servicios personales y se ubicaba el motel denominado Eva Suites.

Recuérdese que según el art. 115 del Código de Comercio, un establecimiento de comercio es el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa, no tiene personería para actuar, no se puede demandar, la acción se dirige contra su propietario, como en efecto ocurrió. Ahora, un establecimiento NO debe asimilarse al local que es el espacio físico donde se ejerce determinada actividad comercial, ni debe confundirse con la enseña comercial o la marca que identifica un servicio como para el caso lo sería Eva Suites Hotel. De otro lado, el nombre comercial es el que identifica la actividad del empresario, para el caso INVERSIONES K-TURROS. De ahí que si el actor laboraba en un establecimiento propiedad de la accionada donde funcionaba un motel, y aquel era el vigilante, la acción deba dirigirse contra la persona natural (para este caso), propietaria de dicho establecimiento, resultando desacertado aquel planteamiento según el cual el empleador era el nombre con el que se identificaba el servicio prestado en aquel establecimiento.

Visto así las cosas, ninguna dubitativa real existe frente a la identificación del llamado a responder por las condenas impuestas, debiéndose por tanto confirmar en este punto la providencia objeto del recurso de alzada.

### **SOBRE LA ACREDITACIÓN DEL SALARIO VARIABLE**

Bastara con decir que se torna infundada tal apreciación máxime si la parte resistente fue precisamente la que allegó diversas colillas de pago en las que se aprecian valores disímiles en el pago quincenal de la nómina.

No puede entonces la demandada argüir que NO se acreditó que la remuneración percibida por el señor Hernán Darío Cadavid era variable. Cosa diferente habría de concluirse si en cada

recibo se apreciase el mismo monto mes a mes, o quincena a quincena, pero ello no sucedió. Cosa disímil es que el salario pactado correspondiese al mínimo legal vigente para cada anualidad, pero dado el número de horas laboradas por día (extraídas de la documentación anexa con la contestación) y que ello sucedía la gran mayoría de ocasiones en horario nocturno, e incluso en dominicales y festivos, se generaban unos recargos, que según los cálculos de la a quo, fueron erradamente cuantificados por el empleador. Esos recargos es lo que realmente generaba la variación entre una y otra quincena.

Piénsese a manera de ejemplo, que un vendedor tiene un salario básico y además percibe unas comisiones, que son factor salarial, y suelen causarse mes a mes. El empleador NO puede indicar que el salario NO es variable únicamente porque se pactó un salario fijo, dado que en la realidad en la que se desarrolló el vínculo, el subordinado, además de ese básico, percibió unas comisiones que aumentaron su remuneración haciendo disímil su salario mes a mes.

Lo mismo sucede en este caso, donde cada quincena dependía de ese número de horas extras laboradas, y si ello lo fue en una jornada nocturna, diurna, dominical o festiva<sup>1</sup>, cada una con recargos diferentes, de ahí la variación en su tasación.

En este punto causó curiosidad a la juez la denominación bajo la cual era pagados dichos recargos, pues se identificaron en cada colilla bajo la anotación de *auxilio no constitutivo de salario por mutuo acuerdo entre las partes*, como si aquellos les fuera dable desconocer su naturaleza, pacto que de existir, no surte ningún efecto.

Acúdase a lo que en torno al tema previó nuestro legislador cuando en el art. 13 del CST advirtió que:

ARTICULO 13. MINIMO DE DERECHOS Y GARANTIAS. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo. (Subrayas propias)

---

<sup>1</sup> 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 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.

Ahora, sabido es que no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, debiéndose acudir a determinados criterios para examinar tal carácter, pero esas discusiones son ventiladas en otros escenarios donde se cuestiona la naturaleza de estímulos, auxilios, bonificaciones. Sin embargo, cuando lo que se paga corresponde a horas extras o recargos por laborar en dominicales o festivos, NO existe margen de duda en cuanto a que constituyen factor salarial, evento en el que la voluntad de las partes poco o nada importa pues no le es dable introducir modificaciones a normas de trabajo que ostentan el carácter de orden público.

En tal sentido, acertadamente, la juez contrastó el valor registrado como auxilio no constitutivo de salario con la cantidad de horas y días laborados por el demandante, para efectos de dilucidar el salario percibido mes a mes, y con base en ello tasar los reajustes, de ahí que la remuneración percibida NO era equivalente al salario mínimo legal, aspecto que intrínsecamente entendía el empleador pues NO de otra forma se explica que al liquidar las prestaciones sociales tomara como base \$1.200.000 (fl. 37), de los cuales \$689.455 correspondía al sueldo básico (o SMLMV para la época), \$77.700 al auxilio del transporte y \$432.845 discriminados como *recargos no constitutivos de ss.*

Vistas así las cosas, y como no se controvertió la liquidación, se confirmará en este punto la decisión objeto del recurso de alzada, sin miramientos a la tasación de cada reajuste.

## **SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO**

Cuando se pretende la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y el consecuente pago de una indemnización, por regla general, cada una de las partes tiene una carga probatoria distinta. Si el demandante afirma haber sido despedido, debe probarlo. A su turno, habiéndose demostrado el despido, es el empleador quién tiene la carga de acreditar que su conducta estuvo amparada en una justa causa. A esta conclusión se arriba, no sólo en virtud a la aplicación de los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso sino también en lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la de radicación 32568.

Y tal teoría fue la aplicada por la juez, la que únicamente adujo que ante la no acreditación del despido, pues el testigo en dicho aspecto nada ilustrativo resultaba, debía absolverse al demandado de la indemnización prevista en el art. 64 del CST. Empero, este caso adquiere otros matices cuando lo que se alega NO es propiamente un despido sino la inexistencia de la renuncia en la que el empleador cimenta su actuar.

Y es que desde la contestación de la demanda, y así mismo se señala en la liquidación de las prestaciones sociales, se adujo que el motivo de retiro del señor Hernán Darío Cadavid era *renuncia voluntaria*, cuya existencia, como se dijo, se refuta desde el libelo genitor.

Empero el empleador NO allegó prueba alguna que respaldara dicha afirmación, dado que NO aportó copia de la aludida carta de renuncia o comunicación remitida por el subordinado indicando su intención de finalizar la relación laboral.

Bajo esta óptica resulta procedente acceder a la indemnización prevista en el art. 64 del CST, cuyo tenor, en lo que interesa a la Sala, es:

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

Como ningún contrato se allegó al plenario, se entiende que el mismo lo es a término indefinido.

Así las cosas, como el trabajador tenía más de 1 año de servicio continuo se le pagará, adicional a los 30 días de salario por ese primer año de que trata el numeral primero, lo proporcional por la restante fracción.

Entonces, por el primer año, es decir, del 4 de febrero de 2015 al mismo día y mes del año 2016, la sanción equivale a 30 días de salario, más la fracción correspondiente a 38 días entre el 5 de febrero de 2016 y el 15 de marzo del mismo año, por la que se pagan 2.1 días de salario. En tal sentido se adeuda al actor 32.1 días de salario.

Para efectos de determinar, ante la existencia de un salario variable, cuando se adeuda al trabajador por esta sanción, resulta ilustrativa la explicación que sobre el punto brindó la Sala de Casación Laboral mediante sentencia de radicación 61.705, oportunidad en la que señaló que:

Al respecto, advierte la Sala que en ningún error jurídico incurrió el Tribunal, pues confirmó la indemnización por despido sin justa causa que liquidó el Juez de primer grado, con fundamento en el salario promedio que tuvo el empleador para liquidar las prestaciones sociales del trabajador, es decir, el que correspondía a la proporción del

último año laborado por el demandante, en igual forma, que lo ha realizado la Corporación, cuando, como en el caso, el trabajador devenga un salario variable.

En efecto, la Corte, para liquidar la indemnización por despido injusto, en sentencia CSJ SL, 31 may. 2011, rad 38226, halló el salario variable de cada uno de los meses del año en el que se terminó el contrato de trabajo, esto es, para ese caso, de enero a junio de 2002; luego, obtuvo el valor del día promedio durante los 209 días laborados en esa anualidad y el producto lo multiplicó por los días que correspondían a la indemnización, de la siguiente forma:

*Para el año 2002, la relación se extendió desde el 8 de enero hasta el 7 de agosto terminó anticipadamente el contrato; en tal sentido para fijar el salario variable, nuevamente se tendrán en cuenta las comisiones; de conformidad con lo previsto en la cláusula tercera, los periodos van de 8 a 7 de cada mes; enero \$3.509.965 correspondiente a la comisión, más \$376.238 correspondientes a los 22 días de dicho mes, para un total de \$3.886.203 (fls. 136-137); febrero \$3.385.592 (fls. 134-135); marzo \$4.148.409 suma que se tendrá como referencia, por cuanto es la única que aparece discriminada y que contiene el valor por la tarifa fija; para el mes de abril, en el que la orden anexa a folio 125 refleja que lo recaudado ascendió a \$60.258.552 y que el 7.5% de la comisión suma \$4.519.939, a lo que debe añadirse los \$513.053, para un total mensual de \$5.032.992; del mes de mayo no aparece acreditada la causación de comisiones, de manera que sólo se tendrá en cuenta el sueldo fijo por valor de \$513.053; junio, para efectos de computar aparece a fol. 120 que lo recaudado para ese periodo ascendió a \$36.123.193 y que la comisión era del 7.5% que correspondía a \$2.709.239,4, a la que se le debe sumar la tarifa fija y totalizaría \$3.222.293; el último periodo de 7 de julio a 7 de agosto en el que, por comisiones se causó el pago de \$688.220, a lo que se debe añadir los \$513.054, para un total de \$1.201.274. La sumatoria de lo devengado da \$21.013.578, lo que dividido en 209 días, nos da un diario de \$100.543 multiplicado por 30 nos refleja una mensualidad de \$3.016.303,06 que deberá tenerse en cuenta para efectos de realizarse la reliquidación de prestaciones, así como de la indemnización por terminación anticipada del contrato.*

[...]

*Respecto de la indemnización por terminación anticipada del contrato, cabe señalar que el contrato inicialmente se pactó hasta el 12 de diciembre de 2002, sin embargo la Federación estimó que lo daría por terminado a partir del 7 de agosto del mismo año, es decir, faltando 125 días para su culminación y es por ese lapso por el que se concretará la citada indemnización que, reliquidada con el último salario asciende a \$12.508.125; el tema de salarios dejados de cancelar, de enero a mayo de 2002, no fue objeto de discusión en las instancias, ni el Tribunal lo incluyó dentro de sus condenas, de manera que frente a ese aspecto no hay lugar a pronunciarse.*

En ese contexto, no asiste razón a la censura, al asegurar que frente a la existencia del salario variable, debe calcularse la indemnización por despido injusto, en razón a los 12 meses que anteceden a la terminación, pues como quedó visto en similares eventos, se ha tomado es el salario promedio de la proporción del último año laborado.

Ahora, no pasa por alto la Corporación que, por ejemplo, en sentencia CSJ SL13518-2017, tomó como salario para liquidar la indemnización en comento, por tratarse de una remuneración variable, «el promedio, del último año». Empero, cumple precisar, que esa referencia la realizó para aludir al año final de prestación de servicios del trabajador, obteniendo el promedio de lo devengado en los meses que laboró dentro de la anualidad en que se terminó el contrato, lo cual es ostensiblemente diferente a afirmar, que deba ser el promedio de los 12 meses anteriores a la terminación de ese vínculo.

Así las cosas, para efectos de tasar el promedio de lo devengado por el trabajador en aquel 2016, acudimos a los valores reseñados por la juez al ordenar el reajuste de los pagos al régimen

pensional, así: enero \$1.187.871, febrero \$1.188.668, marzo \$922.553, cuya sumatoria es \$3.299.092, monto que se divide por 75 (dado que para esa última anualidad el actor laboró dos meses y medio meses, entendiéndose que cada mes es de 30 días), nos genera un salario promedio de \$43.987, que multiplicado por 32.1 (días a los que corresponde la sanción) genera una indemnización de **\$1.411.982**.

En consecuencia, se revocará la decisión de la juez en este punto y en su lugar se condenará a la señora Cindy Paola Muñoz a pagar al demandante la suma en mención a título de indemnización por despido sin justa causa.

En este orden de ideas, conforme los razonamientos que preceden, la decisión objeto del recurso de alzada será **CONFIRMADA PARCIALMENTE**, por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han proferido en torno al tema, revocándola en el aspecto antes aludido.

Se condenará en costas en esta instancia a la señora Cindy Paola Muñoz por no haber tenido éxito en el recurso. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor del actor.

## 5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

### DECIDE

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 8 de agosto de 2018 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor **HERNÁN DARÍO CADAVID CADAVID** contra la señora **CINDY PAOLA MUÑOZ GUTIERREZ** y el señor **RUBÉN DARÍO MUÑOZ BENADIVES** identificados con la cédula de ciudadanía Nro. 71.643.850, 1.020.766.307 y 79.117.665 respectivamente, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

**SEGUNDO:** se **REVOCA** la absolución respecto de la sanción prevista en el art. 64 del CST y en su lugar se **CONDENA** a la señora CINDY PAOLA MUÑOZ GUTIERREZ a reconocer y pagar al actor la suma de **\$1.411.982** a título de indemnización por despido sin justa causa.

**TERCERO:** costas en esta instancia a cargo de la señora Cindy Paola Muñoz. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor del demandante.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Auto AL2550-2021.

*(Firmas escaneadas)*

Los Magistrados,



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
SALA LABORAL**



**SECRETARÍA**

**EDICTO**

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

**HACE SABER:**

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN  
Demandante: **HERNÁN DARÍO CADAVID CADAVID**  
Demandados: **CINDY PAOLA MUÑOZ GUTIERREZ y RUBÉN DARÍO MUÑOZ BENAVIDES**  
Radicado No.: 05001-31-05-013-2016-00953-01  
Decisión: **CONFIRMA PARCIALMENTE.**  
Fecha de la sentencia: **27/07/2021**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 28/07/2021 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario