



El empleo
es de todos

Mintrabajo

Bogotá D.C.,

Al responder por favor citar esté número de radicado

ASUNTO: Respuesta Radicado No. **06EE202120300000037057 11EE2021740500100004070 – 08SI2021730500100007938**– valor de la hora ordinaria de trabajo cuando hay salario variable- en el evento de tomarse el salario promedio que periodo debe promediarse para liquidar las horas extras.

Respetada Señora:

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto del valor de la hora ordinaria de trabajo cuando hay salario variable y si en el evento de tomarse el salario promedio que periodo debe promediarse para liquidar las horas extras., esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

Antes de dar trámite a su consulta es de aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica solo estaría habilitada para **emitir conceptos generales y abstractos** en relación con las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011 y por ende **no le es posible realizar declaraciones de carácter particular y concreto**. De igual manera, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el art. 41 del D.L. 2351 de 1965, modificado por el art. 20 de la ley 584 de 2000, dispone que los **funcionarios de este Ministerio no quedan facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias** cuya decisión esté atribuida a los jueces.

Así las cosas, este Despacho no se pronuncia **sobre casos puntuales**, sino que se manifiesta respecto del asunto jurídico consultado en abstracto, fundamentándose en la legislación laboral vigente de derecho del trabajo individual – trabajadores particulares - y colectivo – trabajadores particulares / oficiales y empleados públicos, según aplique en el evento.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



Así mismo es importante dejar claro al consultante, que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que **el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional** en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

Frente al caso en concreto:

En principio, nos parece importante señalar que el Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social dispone en su artículo 127, los **elementos que se incluyen dentro del salario**, indicando los siguientes conceptos:

"Artículo 127. Elementos Integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones". (Subrayado fuera de texto original).

Por su parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo establece las sumas de dinero que recibe el trabajador y que **no se incluyen dentro del salario**, señalando las siguientes:

"Artículo 128. Pagos que No Constituyen Salarios. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad." (Subrayado fuera de texto).

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



Ahora bien, en cuanto al salario, le indicamos que el mismo puede ser **fijo** o **variable**, cuando el trabajador devenga un **salario variable**, es importante tener en cuenta las siguientes precisiones:

la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 5 de octubre de 1987 señaló: “... **el salario no deja de ser fijo porque en su ejecución se reconozca trabajo suplementario, dominicales, viáticos, ni porque el pago en algún momento incluya una bonificación esporádica, o condiciones al cumplimiento de determinados eventos, como el incremento de la producción por ejemplo...**”.

De esta forma, es claro que, si las partes han acordado la remuneración por el servicio bajo la modalidad de salario fijo, **pero además recibe otros emolumentos por concepto de horas extras, el salario fijo no dejará de serlo por el hecho de que el trabajador vea incrementado su salario.**

En cuanto al pago de horas extras, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el Artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala:

“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.”

Como se observa, en este artículo se establece que el trabajo suplementario o de horas extras debe ser remunerado con un recargo adicional del 25% o 75% del trabajo ordinario diurno o nocturno, sin determinar la forma de calcular el valor del trabajo ordinario cuando se devenga un salario variable, sin embargo, es importante tener en cuenta que siempre que se hace referencia a la forma de remuneración del trabajo suplementario o de horas extras, se indica que la misma se debe realizar con base en el valor del trabajo ordinario, lo que permitiría concluir que dicha expresión se relaciona con la de salario, el cual es, toda

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



aquella la remuneración ordinaria, que puede ser fija o variable, que se debe cancelar en un periodo no mayor a un mes, según lo establece el artículo 127 y 134 del Código Sustantivo del Trabajo

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable...”

(...)

ARTICULO 134. PERIODOS DE PAGO.

1. El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal. El período de pago para los jornales no puede ser mayor de una semana, y para sueldos no mayor de un mes.

2. El pago del trabajo suplementario o de horas extras y el del recargo por trabajo nocturno debe efectuarse junto con el salario ordinario del período en que se han causado, o a más tardar con el salario del período siguiente.

Por lo tanto la liquidación del valor de la hora ordinaria debe realizarse teniendo en cuenta únicamente la totalidad de la remuneración recibida como salario, durante el periodo en que se causaron horas extras o trabajo suplementario.

En conclusión, **cuando el trabajador que devenga un salario variable, realiza trabajo suplementario o de horas extras, en criterio de esta cartera, la liquidación de las horas extras se debe realizar con base en la totalidad del salario causado en el periodo correspondiente al que se realizó trabajo suplementario o de horas extras, debiendo tenerse en cuenta todos** los pagos por concepto de comisión, primas, sobresueldos, bonificaciones, y todos aquellos pagos realizados como contraprestación directa de los servicios prestados por el trabajador, valor sobre el cual se deben realizar las operaciones matemáticas que permita determinar el valor de la hora ordinaria, a esto sumarle el recargo del porcentaje correspondiente para el trabajo extra diurno y nocturno.

Aun cuando no existe norma que permita el pago de horas extras, promediando el salario variable devengado por un trabajador, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala Cuarta de Decisión Laboral en sentencia del 29 de agosto de 2017, para reconocer trabajo suplementario o de horas extras sobre un salario variable, estableció que, el promedio del salario para liquidar las horas extras se debe realizar con base en los salarios que corresponden a cada uno de los periodos en los cuales se causó el trabajo suplementario o de horas extras.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



“En este orden de ideas, el demandante entre el 01-09-2011 al 08-03-2014, único periodo que se probó se trasladó los días sábados a trabajar a Cali, que le implicó estar disponible en las horas utilizadas en el trayecto, tanto de ida como regreso, trabajó un total de 750 horas extras diurnas; que atendiendo que prescribieron las causadas con anterioridad al 30-01-2012, al hacerse exigible su cobro una vez laboradas, hay lugar a reconocer 630 horas extras, que dado el promedio del salario para cada mensualidad, al ser variable, equivalen a \$4'257.049,14 y declarar la excepción de prescripción que fue propuesta por la parte demandada; no ocurre lo mismo con las de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, y buena fe en la medida en que se declararan no probadas.”

Sin embargo es importante recordar que el trabajo suplementario o de horas extras se debe remunerar junto con el salario correspondiente al periodo en el que fueron causadas, o a más tardar con el salario del periodo siguiente, razón por la cual, en principio solo sería posible promediar un salario variable para liquidar y pagar el valor de trabajo suplementario o de horas extras, en aquellos casos en los que se causan horas de trabajo extra en dos periodos de pago de salario seguidos.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

FIRMADO EN ORIGINAL

ARMANDO BENAVIDES ROSALES

Coordinador

Grupo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Marisol P: 26/05/2021 Revisó y Aprobó: / Armando B. R.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co