



República de Colombia
Tribunal Superior Del Distrito
Judicial De Valledupar
Sala Cuarta de Decisión Civil – Familia – Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20178-31-05-001-**2021-00108-01**
DEMANDANTE: GABRIEL JOSÉ FIGUEREDO VERBEL.
DEMANDADO: DIMANTEC LTDA.

Valledupar., diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Chiriguaná, Cesar, el 19 de agosto de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare con la demandada Dimantec Ltda., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de mayo de 2011 hasta el 24 de septiembre de 2020, fecha en que fue despedido cuando gozaba “*de estabilidad laboral reforzada y debilidad manifiesta*” por su estado de salud. En consecuencia, se declare la “*nulidad de la carta de despido*” de 24 de septiembre del 2020, para que se ordene a la demandada reintegrar al actor a un cargo de igual o superior al que desempeñaba, junto con el pago de salarios, las prestaciones sociales y las vacaciones causados desde el despido hasta el día que se produzca su reintegro, más las costas del proceso.

En forma subsidiaria, imploró el pago de la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, hasta por 24 meses, por no incluir las primas extra

legales de accidentalidad y sostenimiento al momento de liquidar las prestaciones sociales. Se condene extra y ultra petita, más las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró haber laborado para Dimantec Ltda., mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de mayo de 2011 hasta el 24 de septiembre de 2020, en el desempeño del cargo de Técnico Eléctrico, por lo que recibió como salario la suma mensual de \$3.400.000. Además, anualmente le era cancelado dos bonos extra legales por accidentalidad por valor de \$1.000.000 y un bono extra legal mensual de \$1.600.000.

Indicó, prestó los servicios en las instalaciones de la empresa en el corregimiento de la Loma, municipio del Paso, Cesar. Al momento de ingresar le realizaron exámenes de ingreso por parte del Departamento de Salud Ocupacional de la empresa, el cual arrojó concepto favorable de aptitud laboral para el cargo a desempeñar, sin patologías aparentes.

Padeció dos accidentes laborales, el primero el 28 de noviembre de 2012, consistente en lesión de la rodilla izquierda lo cual provocó una restricción del movimiento de la misma, disminución de la fuerza en la pierna afectada y un diagnóstico de hemartrosis con desgarramiento del cuerno menisco lateral, lesión en ligamento cruzado anterior y otros trastornos internos de la rodilla. El segundo accidente laboral se produjo el 19 de marzo de 2014, con la afectación de su rodilla izquierda, con diagnóstico de *“trauma en rodilla izquierda con la estructura de la maquina”*.

Accidentes y diagnósticos que fueron puestos en conocimiento de la demandada, de los cuales derivaron incapacidades medicas continuas por 3 años. Reiteró padecer consecuencias permanentes e irreversibles productos de dichos accidentes, los cuales lo dejaron limitado sin poder ejercer actividades cotidianas con normalidad, usando una plantilla en el zapato izquierdo con el fin de disminuir el acortamiento y debe usar permanentemente un bastón, por lo cual y por la magnitud del daño en su

rodilla, los médicos recomendaron un trasplante de rodilla para aliviar sus padecimientos.

Solicitó el 14 de julio de 2020 la recalificación de sus patologías a la administradora de riesgos laborales ARL Bolívar Compañía de Seguros S.A., la cual, mediante respuesta del 29 de julio de 2020, señaló no ser procedente dicha petición, toda vez que estaba pendiente la operación de su rodilla, agendada para el 13 de octubre del 2020.

El 24 de septiembre de 2020, la empresa Dimantec Ltda., le notificó que su contrato se da por terminado por insubsistencia de la causa y objeto, momento para el cual se encontraba incapacitada por la ARL. El examen médico ocupacional de retiro de fecha 26 de septiembre de 2020, resaltó observaciones de minusvalía y recomienda no realizar ninguna actividad laboral.

Ante esta situación, mediante escrito de 28 de septiembre de 2020 puso de presente a la empresa que su despido cuando se encontraba incapacitado violaba desproporcionalmente sus derechos.

Al dar respuesta a la demanda, **Dimantec Ltda.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. No aceptó ningún hecho de la demanda. Señaló que el demandante suscribió contrato de trabajo con la empresa Mantenimiento y Servicios Técnicos Mineros LTDA., la cual se fusionó con Dimantec Ltda. El actor desempeñó inicialmente el cargo de Técnico Eléctrico, y como último el de Especialista Servicio Eléctrico.

El último salario devengado por el trabajador fue de \$1.117.450 y su lugar de trabajo fue en la Loma – Cesar, localidad donde la empresa no tiene instalaciones, servicios derivados del contrato comercial existente entre Dimantec Ltda., y Relianz Mining Solutions S.A.S., pero tenía la facultad de trasladar al trabajador a cualquier sede de Dimantec o a cualquier proyecto minero en el que la compañía tuviera acuerdos comerciales.

Adujo, la sujeción del contrato de trabajo del actor con el contrato de prestación de servicios que celebró con Relianz Mining Solution S.A.S., por tanto, ante la finalización de este último, dieron aplicación a lo dispuesto en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo. Aseguró que, para el momento de la terminación del contrato de trabajo, el demandante se encontraba en plenas condiciones físicas, sin incapacidades, recomendaciones o restricciones laborales vigentes y mucho menos una calificación de pérdida de capacidad laboral, por tanto, no era beneficiario de la protección estatuida en la Ley 361 de 1997.

No se aportó con la demanda, prueba de incapacidades superiores a 180 días, además, que el hecho de que el demandante allegue incapacidades médicas no significa que la empresa conozca su estado de salud, por cuanto los formatos no señalan la patología o la causa por la cual fue incapacitado el extrabajador.

Respecto al auxilio de sostenimiento y transporte, invocó ser una herramienta de trabajo sin carácter salarial por no tener carácter retributivo, ya que aun cuando esos pagos se le hicieran al trabajador, nunca terminaban en su bolsillo, ni tienen relación alguna con su salario, sino van estrictamente dirigidos al funcionamiento mismo de la empresa, pues son reconocidos a aquellos trabajadores que deben prestar los servicios en los proyectos de la Guajira o el Cesar. Es decir, por fuera de su sitio habitual de residencia, de ahí que el trabajador no se enriquecía con ese pago, ya que la tarifa entregada es producto del estudio de más o menos cuánto gasta un trabajador en sus desplazamientos según la ciudad de trabajo y funciones, cuánto correspondería por hospedaje, alimentación, llamadas a su familia, lavandería, medicamentos y demás, para así fijar una suma de dinero mensual no variable por este concepto.

Para enervar las pretensiones, planteó las excepciones de *“Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación”*, *“Inexistencia de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud”*; *“Pago”*; *“Buena Fe”*; *“Compensación”*; *“Prescripción”* y *“Mala fe del demandante”*.
(Carpeta:08ContestaciónDemanda(Dimantec).zip; doc: 09ContestacionDimantec.pdf).

En escrito conjunto con la contestación de la demanda principal, Dimantec Ltda., presentó demanda de reconvención en contra del señor Gabriel Figueredo Verbel, con la que solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo entre Dimantec Ltda. y Gabriel Figueredo desde el 18 de mayo de 2011 hasta el 24 de septiembre de 2020, prestando los servicios en el proyecto minero de la Loma – Cesar y que por la naturaleza de la prestación de sus servicio y los gastos en los que podía llegar a incurrir, le era reconocido un auxilio de sostenimiento que, por acuerdo entre las partes, no constituía salario y tenía una destinación específica.

En consecuencia, al haber realizado el demandado una destinación diferente del auxilio de sostenimiento solicitó se le condenara al reintegro de las sumas canceladas y debidamente indexadas por ese concepto.

Como fundamento de sus pretensiones, puso de presente los servicios prestados por Gabriel Figueredo Verbel en el proyecto minero en la Loma – Cesar y que, por las condiciones propias del lugar, le reconoció un auxilio de sostenimientos no constitutivo de salario, el cual estuvo dirigido como herramienta de trabajo mientras estuviera en el proyecto minero.

Auxilio pactado en la cláusula novena del contrato de trabajo por un valor de \$38.569, pagaderos a partir del 18 de marzo del 2011 hasta la finalización de la prestación de sus servicios en La loma, Cesar, con una destinación específica el cual cubrió gastos de lavandería, elementos de aseo personal, llamadas telefónicas, medicamentos, gastos varios, etc.

Manifestó que el auxilio de sostenimiento fue una herramienta de trabajo con una destinación específica, con un compromiso contractual de presentar los soportes de pago de los gastos a los que hay incurrido el trabajador. Aclaró que dicho auxilio no estuvo atado al cumplimiento de servicio, horas laborales, ventas, trabajos suplementarios, etc.

En paralelo, el uso indebido de las herramientas de trabajo es una prohibición expresa de Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 60 numeral 8, por ende, daba lugar a la terminación del contrato por justa causa y posterior a la confesión de Gabriel Figueredo, las sumas pagadas bajo el concepto del auxilio deben ser reintegradas a la empresa Dimantec Ltda., por el uso indebido de dicha herramienta.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Chiriguaná - Cesar, mediante fallo de 19 de agosto de 2022¹, resolvió:

“PRIMERO: Declárese que entre el señor Gabriel José Figueredo Verbel y la empresa Dimantec Ltda., representada legalmente por Álvaro Roperó Prada, o quien haga sus veces, existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 18 de mayo de 2011 hasta el 24 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: Condénese a la empresa Dimantec Ltda. representada legalmente por Álvaro Roperó Prada o quien haga sus veces, a pagar al señor Gabriel Figueredo Verbel la suma de \$7.077.120 por concepto de despido injusto.

TERCERO: Absuélvase a la empresa Dimantec Ltda. representada legalmente por Álvaro Roperó Prada o quien haga sus veces, de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Absuélvase al señor Gabriel José Figueredo Verbel de todas y cada una las pretensiones invocadas por la empresa Dimantec Ltda., en la demanda de reconvención.

QUINTO: Declárense no probadas las excepciones de fondo, propuestas por la demandada Dimantec Ltda. conforme a la parte motiva.

SEXTO: Declárese probada la excepción de fondo de cobro de lo no debido, propuesta por el reconvenido Gabriel José Figueredo Verbel, conforme a la parte motiva.

SEPTIMO: Declárese parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por el reconvenido Gabriel José Figueredo Verbel, conforme a la parte motiva

1 PDF, 033ActaAudiencia Fallo.

OCTAVO: *Condénese en costas a cargo de la empresa Dimantec Ltda., representada legalmente por Álvaro Roperó Prada, o quien haga sus veces. procédase por secretaría a la liquidar las costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a \$707.712 por la demanda principal y la suma de (1) smlmv por la demanda en reconvencción.”*

Como sustento de su decisión, concluyó la no controversia en la existencia de un contrato de trabajo entre Gabriel José Figueredo y Dimantec Ltda., a partir del 18 de mayo de 2011 al 24 de septiembre del 2020, cuyo contrato de trabajo fue suscrito a termino fijo inferior a un año y gracias a la Convención Colectiva de Trabajo pasó a ser a término indefinido. Situación que fue aceptada por las partes y se constató con la última liquidación de prestaciones sociales.

Frente a la ilegalidad del despido, el despacho no encontró probado el estado de incapacidad del demandante, o que se encontrase bajo recomendaciones o restricciones laborales al momento de la terminación del contrato.

Aunado a lo anterior, la incapacidad aportada data del 13 de octubre de 2020, fecha posterior al despido de Gabriel Figueredo, y el dictamen pericial del 12 de diciembre de 2014 al que se hizo mención, no fue aportado por lo que es imposible asegurar que el empleador tuviera conocimiento del mismo, por tanto, no existió prueba que demostrara que la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador se haya dado por padecer alguna enfermedad o quebranto de salud, por lo que no era obligación solicitar autorización del Ministerio del Trabajo para finalizar la relación laboral con el demandante.

Con respecto a la indemnización por despido injusto, arguyó no demostrarse que el contrato de trabajo de Gabriel Figueredo estuviera supeditado al contrato comercial de Diamantec Ltda., con la empresa Reliazn Mining Solutions, ante lo cual no se configuró una justa causa para el despido, por lo cual se condenó a Dimantec Ltda., al pago de la indemnización correspondiente por un valor de \$7.077.120.

Frente a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, absolvió sobre la base de que la misma no procede cuando se pretende la inclusión de factores salariales que fueron desalarizados, por cuanto se entendía que la conducta del empleador estuvo revestida de buena fe.

Sobre la demanda de reconvención, según los testimonios de Carlos Mario Martínez Salazar y Juan Carlos Fernández Díaz, el auxilio de sostenimiento era otorgado a todos los trabajadores del proyecto minero con la finalidad de una vivienda digna, una zona de confort para alimentarse en el pueblo y que los trabajadores no estaban llamados a demostrar el uso que se les daba a los dineros recibidos bajo ese concepto. También, no quedó probado que la empresa hiciera un control o vigilancia del uso de dicho auxilio, por lo que las pretensiones de la demanda no prosperaron.

III. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, las partes apelaron la sentencia.

La **parte demandante** insistió en que durante la vigencia del contrato de trabajo sufrió dos accidentes de trabajo. Desde el primero, acaecido en 2012 sufrió un deterioro profundo de su rodilla izquierda, que lo ha inhabilitado hasta hoy para desarrollar actividades normales. Enfatizó que cuando ingresó a la empresa era idóneo, no tenía ninguna minusvalía y en el examen de egreso se establece que es inválido, que no puede desarrollar actividades.

Afirmó, que la empresa para el momento del despido conocía la minusvalía padecida, tenía programada una cirugía para su recuperación, por lo que era un trabajador con protección reforzada al ser calificado con una PCL del 16%, por lo tanto, debió solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para finalizar el contrato. Recabó en la ilegalidad del despido, para que sea condenada a la empresa demandada a su reintegro.

De otro lado, refirió que para no cumplir con lo exigido en el Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a proporcionar alimentación, vivienda, dormitorios dignos, baños, entre otros, la empresa Dimantec Ltda., les otorgaba el auxilio de mantenimiento, uno por \$380.000 y, otro, por \$1.600.000 mensuales, es decir, constituían salario ya que eran aportes permanentes, debiéndose reliquidar las prestaciones sociales.

De igual forma, la empresa demoró más de cuatro meses para consignar la liquidación de las prestaciones sociales, lo que constituye salarios caídos, pues fue despedido el 24 de septiembre de 2022 y le consignaron en diciembre del mismo año.

La **demandada**, refutó las condenas impuestas por despido injusto y la condena en costas. Para ello, señaló que si bien el juzgado adujo no probarse que el contrato de trabajo del actor estuviera atado al contrato comercial suscrito con Relianz Mining Solutions S.A.S., lo cierto era que dicha circunstancia se verifica con la cláusula 4 del contrato laboral, en el que, si bien no se hacía mención puntual a la empresa o al número del contrato, lo cierto era que sí se precisaba que el lugar de prestación de servicios es la Loma Cesar, donde se encuentra el operador minero Prodeco y se prestó sus servicios desde el inicio de la relación laboral, de ahí que se pueda deducir la sujeción del contrato laboral con el lugar de prestación de servicios, en virtud del operador minero que presta allí sus servicios.

Consideró, la finalización del vínculo del demandante obedece a una causa objetiva, en los términos de lo estipulado en el artículo 47 del CST., situación que incluso había confesado el actor en el interrogatorio de parte, cuando manifestó que la terminación de su contrato obedeció precisamente a la terminación del contrato comercial referenciado. Por ello, solicitó ser absuelta de la indemnización por despido injusto y, en consecuencia, revocar la condena en costas.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Sala determinar si: **i)** el trabajador se encontraba amparado por la estabilidad reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; **ii)** el auxilio de sostenimiento pactado constituye factor salarial y, por ende, debe tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales; **iii)** así como la procedencia del pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ante el pago tardío de la liquidación de las prestaciones sociales al momento de finalizar el contrato; así como, **iv)** la procedencia de la indemnización por despido injusto.

En el presente asunto, no es objeto de discusión por la plena aceptación en la contestación de la demanda, la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el señor Gabriel Figueredo Verbel y la empresa Dimantec Ltda., así como tampoco, los extremos temporales comprendidos entre el 18 de mayo de 2011 hasta el 24 de septiembre de 2020.

1. Marco general de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y al análisis del precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la *discapacidad* es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo

de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, concibe la discapacidad como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad *«incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

“Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan

integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.”

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar

socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en materia de estabilidad laboral establece que:

“En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <<situación de discapacidad>>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

Ahora, sobre el alcance de la protección estatuida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1184-2023, en la que exhibe una nueva orientación de su postura frente al tema, puntualizó:

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

1. *La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*

2. *La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.*

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

*Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las **barreras** pueden ser:*

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

(...)

*En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes **parámetros** objetivos:*

a) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) la existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Barreras que deben ser mitigadas mediante ajustes razonables, entendidos como medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, las cuales deben fundarse en criterios objetivos, que implique para el empleador la realización de un esfuerzo razonable.

Conforme la sentencia citada, al momento de evaluar la situación de discapacidad, es necesario establecer por lo menos, tres aspectos: “**(i)** la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-; **(ii)** el análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y **(iii)** la contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-“.

En esa línea de pensamiento, si del análisis anterior se concluye que el trabajador se encuentra en situación de discapacidad y la finalización del vínculo laboral no se cimentó en una causa objetiva o justa, la misma se considera discriminatoria, con las consecuencias que de ella emanan. No obstante, cuando la terminación del contrato de trabajo obedece a una causa justa u objetiva, el empleador no requiere de la autorización del Ministerio de Trabajo, por cuanto el mismo solo será necesario cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no haya sido posible que el empleador implementara las medidas razonables de integración laboral (CSJ SL1184-2023, SL1268-2023).

En esa una nueva orientación, la H. Corte Suprema de Justicia precisa que la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no aplica para “*personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración*”, por cuanto en un nuevo enfoque, dicha protección únicamente aplica para aquellas deficiencias **de mediano y largo plazo**.

Deviene entonces, que a efectos de determinar la procedencia de la protección prevista en el artículo 26 de Ley 361 de 1997 deben realizarse un estudio sobre la existencia de la discapacidad a mediano o largo plazo, así como la existencia de una barrera (actitudinales, comunicativas, físicas) y que sea conocida por el empleador.

Por su parte, la postura de la H. Corte Constitucional, contempla que la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva a todas aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia SU-049 de 2017, unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

“Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...”

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, las subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas **que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares**, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada significa que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto. Sin embargo, **esta presunción se puede desvirtuar** y, por tanto, lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Estando entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Lo anterior, fue reiterado en la sentencia SU-061 de 2023, en la que, además, el máximo órgano constitucional estableció un listado no taxativo de algunas sub reglas sobre la materia, las cuales concentra así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el desempeño normal laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido. ^[113] (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral. (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico. (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada

	por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido.
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el desempeño normal laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental. (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad. (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL.
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el desempeño normal laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%. (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto.

1.1. Caso en concreto

Examinado el acervo probatorio, se observa que el señor José Figueredo Verbel suscribió con Dimantec Ltda. contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de inicio 18 de mayo de 2011 y finalización el 24 de septiembre de 2020, para desempeñar el cargo de Especialista Servicio Eléctrico.

A efectos de determinar si para la finalización del vínculo José Figueredo Verbel se encontraba amparado por estabilidad laboral reforzada por salud, se acude a los elementos aportados, como la historia clínica consecutivo: CM007230 con el especialista en ortopedia y artroscopia (04/08/2020), así como la historia clínica ocupacional de retiro expedida por la IPS ASEPROT S.A.S. (26/09/2020), piezas en las que se observa:

04/08/2020	Control 18 meses aproximadamente de revisión reconstrucción de ligamento cruzado anterior más trasplante meniscal medial. Conducta o plan de tratamiento: Paciente con rodilla con síntomas mediales persistentes, sin inestabilidad en última valoración
26/09/2020	ACCIDENTE LABORAL C.I. EL ROBLE S.A. <u>09-2008</u> . Conclusión: Accidente laboral con afectación de un pie, sin

	<p>pérdida de capacidad laboral y una incapacidad de 12 días. (Folio 56 de la demanda). “<i>secuela del accidente: ninguna</i>”</p> <p>ACCIDENTE LABORAL DIMANTEC LTDA. <u>11-2012</u>. Caída que produjo una luxación de rodilla, sin pérdida de capacidad laboral, accidente reportado a la ARL con una incapacidad por 210 días. (Folio 56 de la demanda). “<i>secuela del accidente: aun no valorables</i>”</p> <p>ACCIDENTE LABORAL DIMANTEC LTDA. 03-2014. Caída que produjo contusión en rodilla, evento reportado a la ARL, con una PCL del 18% y 120 días de incapacidad. “<i>secuela del accidente: ninguna</i>”</p> <p>“REGISTRO DE AUSENTISMO LABORAL EN EL ULTIMO AÑO: No refiere Ausentismo Laboral”</p> <p>RECOMENDACIONES LABORALES: Ninguna laboral, continuar controles con médico tratante. (Folio 59 de la demanda).</p> <p>No se anotan restricciones laborales.</p>
--	--

Con posterioridad a la data del retiro laboral, se anexa Epicrisis de la Clínica Portoazul de fecha del 13 de octubre del 2020, la cual versa de una operación de remodelación de meniscos + Sinovectomía de rodilla izquierda por artroscopia, así:

“Detalle de intervención: [...]Se realiza artroscopia de rodilla, hallazgos descritos, se realiza sinovectomía anterior con Shaver y radiofrecuencia. Se realiza remodelación de lesión del menisco medial en el cuerpo con radiofrecuencia y Shaver. Se realiza remodelación y condroplastia de lesiones condrales descritas, se realizan microfracturas con clavo de Kirchner de 1.6mm, se deja lesiones con bordes estables, procedimiento sin complicaciones

Cirugías: Bloqueo de nervio simpático único. Remodelación de menisco medial y lateral por artroscopia

Diagnóstico de Egreso: Desgarro de meniscos presente

Incapacidad medica por 30 días a partir del 13/10/2020”

Lo anterior da cuenta, que todos los diagnósticos se presentaron durante la relación laboral entre los años 2008 al 2020. Ahora, no desconoce la Sala que el demandante padecía de algunas condiciones de salud que lo aquejaban antes de la calenda en que se produjo el finiquito laboral, no obstante, de los elementos de convicción aportados no es posible inferir que esas afectaciones le impedían desarrollar sus labores, fijese que conforme la valoración del 4 de agosto de 2020, se señala “sin

inestabilidad en última valoración” y la última incapacidad que allí se relaciona se otorgó por 120 días, la misma data del año 2014, es decir, 6 años antes del finiquito laboral.

Ahora, conforme se desprende de los comprobantes de nómina, se tiene que el actor presentó las siguientes incapacidades:

Segunda quincena octubre de 2018	1 día
Primera y segunda quincena abril de 2019	15 días + 15 días
Primera y segunda quincena mayo de 2019	15 días + 15 días
Primera y segunda quincena junio de 2019	15 días + 15 días
Primera y segunda quincena julio de 2019	15 días + 15 días
Primera y segunda quincena agosto de 2019	15 días + 15 días
Segunda quincena septiembre de 2019	12 días
Segunda quincena de octubre de 2019	1 día
Primera quincena de agosto de 2020	15 días
Segunda quincena de agosto de 2020	10 días

De lo anterior se colige, que para la anualidad en la que le fue finalizado el contrato de trabajo al actor, este solo presenta 25 días de incapacidad, los cuales se ubican un mes antes de la terminación, no obstante, no se tiene certeza cuál patología o diagnóstico derivó en ellas, toda vez que no se aporta historia clínica que las soporte y con la cual esta Corporación pueda tener certeza de la complejidad de la misma. Situación que tampoco es posible verificar con la historia clínica de la intervención quirúrgica realizada en octubre de 2020.

Dicha orfandad probatoria impide constatar para la data del finiquito laboral, el demandante gozara de alguna prescripción médica que

le impidiera prestar sus servicios o que, en virtud de ellas, existiera alguna barrera para la ejecución de sus labores.

Ahora, a pesar de estar demostrado que el actor presentaba una calificación de 18% de PCL, ello *per se*, no da paso a la protección pretendida, pues resulta indispensable en estos casos, en los términos de la jurisprudencia, evaluar la existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impidan ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás. Lo cual, en el presente asunto no se avizora, pues conforme se extrae de la historia clínica ocupacional de septiembre de 2020, la misma se produjo en el año 2014, circunstancia que no se convirtió en un obstáculo para que el demandante continuara con la prestación de sus servicios, nótese que su vínculo se mantuvo aún 5 años después.

Aunado a lo anterior, de las historias clínicas aportadas no se extrae alguna recomendación laboral vista como restricción o limitación, pues, lo que en cada una se consigna, son los tratamientos e intervenciones realizados para sus padecimientos y la impresión diagnóstica de los médicos tratantes.

En consecuencia, para la Sala, como lo estimó el *a quo*, en el presente caso no convergen los presupuestos para entender configurada la estabilidad laboral reforzada por salud, por consiguiente, se confirma la absolución.

2. Acerca del salario y reliquidación de acreencias laborales.

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

También la jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia ha resaltado la función social del salario al referir que constituye un elemento esencial del trabajo subordinado y sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, además de ser parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, por consiguiente, resulta de gran importancia su definición y delimitación en cada caso. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en SL 5146-2020, expresó:

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva laboral señala que 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.

Conforme a lo expuesto, se concluye que es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, por ello, tendrá en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

Por tal motivo, no es válido para las partes que en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojen de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, así lo ha considerado también la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en radicado n.º 39475, 13 jun. 2012, reiterada en SL12220-2017, en donde indicó que: «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo».

Paralelamente, la misma Corporación en sentencia radicado n.º 35771 de 1º feb. 2011, acerca de los pactos no salariales, puntualizó:

Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en SL 5146-2020, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de «desalarización» solo pueden recaer sobre «aquellos emolumentos que, pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario», tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. En dicha decisión, refirió:

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que, pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva, no es salario por decisión de las partes.

Y en sentencia CSJ SL1993-2019 reiterada en la SL2198-2023, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia explica que todo

pago recibido por el trabajador se presume salarial, a menos que el empleador demuestre su carácter ocasional o excepcional y, especialmente, que no retribuye directamente el servicio, no por la forma en que se estipula, sino en función del entorno que lo circunda. En dicha decisión refirió:

“En ese contexto, una vez acreditado el vínculo laboral respecto del contrato de asesoría, le corresponde a la Sala dilucidar si lo que percibió el demandante con ocasión de este, es o no salario.

Al respecto, esta Corporación ha enfatizado que los pagos que se perciben en razón a la relación de trabajo se presumen salario, a menos que se demuestren las condiciones de ocasionalidad, mera liberalidad del empleador y/o que no van dirigidos a remunerar los servicios prestados (CSJ SL3272-2018).

Es decir, el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley, sino que en cada caso deben analizarse los elementos fácticos en aras de establecer cómo se consagró y si con él se retribuyen o no directamente, los servicios prestados. (Subrayado fuera del texto original)

De ahí que, conforme lo ha dispuesto el máximo órgano de la jurisdicción laboral, es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

En síntesis, conforme a la línea jurisprudencial sentada por el máximo Órgano de cierre de la jurisdicción laboral, a efectos de verificar la naturaleza salarial de los pagos efectuados por el empleador al trabajador, es necesario tener en cuenta que: **1).** En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C. Pol), lo que recibe el empleado como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes. **2).** El criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino. **3).** Acreditada por parte del trabajador la periodicidad,

habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo. **4).** Por cuenta de la parte final del art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio, en tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es. (CSJ SL986-2021).

2.1. Del Factor Salarial.

Alude el promotor del juicio que los pagos denominados auxilio de mantenimiento tienen naturaleza salarial, por tanto, constituyen factor salarial, razón por la que se hace necesario determinar si tales postulados tienen o no tal connotación conforme lo dispone el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Del examen de la cláusula novena contenida en el contrato de trabajo celebrado el 18 de mayo de 2011 entre Mantenimientos y Servicios Técnicos Mineros Ltda., se lee lo siguiente:²

“Las partes convienen en reconocer que NINGUNO de los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados unilateralmente de forma extralegal por EL EMPLEADOR enumerados en el artículo 15 de la ley 50 de 1990, modificado por el Artículo 128 del C.S. del T., tales como alimentación, habitación o vestuario, canon pagado por concepto de arrendamiento de herramienta, incentivos como parte del programa de mejoramiento continuo, bono de localización, capacitación del empleado, auxilio educativo del empleado, seguro de protección familiar, y seguro de muerte accidental del empleado, dineros que no son cubiertos por el ISS u otra EPS, son asumidos por la Empresa cuando se presentan incapacidades por parte de los empleados, auxilios de tal naturaleza, constituye base salarial para Ningún efecto y en especial para la liquidación de las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX del C.S. del T. ...”

2 Carpeta: 08ContestaciónDemanda(Dimantec) - 10AnexoContestaciónDimantec.pdf - Folio 3.

Del mismo modo, en la cláusula de auxilio de sostenimiento, se evidencia lo siguiente:³

“Han convenido en que EL TRABAJADOR recibirá a partir del 18 DE MAYO DE 2011 la suma de \$38.569 a Título de AUXILIO DE SOSTENIMIENTO que cubre gastos en que incurre el empleado por lavandería, elementos de aseo personal, llamadas telefónicas, gastos varios como refrigerios y medicamentos, Durant el periodo durante el cual el trabajador esté prestando sus servicios en LA LOMA, por tal razón, este auxilio dejará de cancelarse cuando el trabajador sea trasladado a otro lugar donde la compañía tenga operaciones.

Las partes convienen en reconocer que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 128 del C.S.T., subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, este AUXILIO DE SOTENIMIENTO no constituye salario para ningún efecto. (...)”

De lo transcrito se observa que, las partes acordaron excluir del concepto salarial lo percibido por “Auxilio de sostenimiento” bajo la égida del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificatorio del 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, que relaciona los pagos efectuados al trabajador, no constitutivos de salario.

Igualmente, se verifica que el “Auxilio de sostenimiento” se cancelaba como medio para desempeñar a cabalidad sus funciones y suplir los gastos en los que incurriese al estar por fuera de su residencia y no para enriquecer su patrimonio, ya que estos tenían una destinación específica, la cual era vivienda, alimentación, llamadas telefónicas, etc. Ello, incluso fue confesado por el propio promotor del juicio, quien en el interrogatorio de parte manifestó que el auxilio entregado tenía como finalidad vivienda en condiciones dignas, así como suplir la alimentación.

En paralelo, en lo que respecta a su pago, el testigo Carlos Mario Martínez Salazar, manifestó el auxilio de sostenimiento se lo cancelaban a todos los trabajadores, el cual era usado para una vivienda digna, “o una zona de confort digna. Incluso bueno, el mismo bono era usado para alimentarnos mientras estábamos en el pueblo en horas de descanso. Entonces, pues sí. Hora de descanso laboral.”. Agregó que, el auxilio de

3 Folio 4, Archivo Digital “10AnexoContestaciónDimantec.pdf”

sostenimiento se cancelaba de forma anticipada, además, era solventado dependiendo si el trabajador estaba incapacitado o de cierto permiso, ya que el valor disminuía por esas causas.

Por su parte, Jean Carlos Jiménez Gutiérrez, indicó que el auxilio de sostenimiento era consignado mensual y adicional a salario o un complemento del mismo, ya que este era otorgado por la empresa para el sostenimiento del trabajador mientras se encontraba de turno.

Y Juan Carlos Hernández, laboró con la empresa Dimantec Ltda. en el proyecto minero Calenturitas donde desempeñó el cargo de Supervisor Administrativo. Con respecto al auxilio de mantenimiento refirió ser un rubro asignado a todo el personal que estaba únicamente en los proyectos mineros, no hacía parte del salario y tenía como objetivo garantizarles una mejor calidad de vida mientras se encontraban en esos frentes de obra. Con el auxilio de sostenimiento cubrían el pago de habitación, de traslado del municipio hasta los proyectos mineros, lavado de ropa, llamadas telefónicas.

Menciona dejaban de percibirlo por cualquier novedad que alejase a los trabajadores del proyecto minero, sea una incapacidad, permisos o vacaciones, lo cual fue acordado de mutuo acuerdo entre la empresa y los trabajadores en la cláusula de auxilio de sostenimiento, en donde se establece su objetivo y el uso que se le daría. Para el personal sindicalizado, este auxilio se pactó en la convención colectiva firmado entre la empresa y la organización sindical.

Al examinar cada una de los comprobantes de nómina se advierte, que para las fechas en que el trabajador se encontraba gozando de alguna incapacidad, el monto del auxilio variaba, en cuanto a su disminución o, incluso no era cancelado, lo cual obedece precisamente a la finalidad de tal beneficio, pues al haberse constituido como un pago mientras se desarrollaba la labor en la mina. Señaló poder definirlo como trabajo de campo, para cubrir lo relacionado a alojamiento y alimentación, su cancelación no resultaba procedente cuando el trabajador no estuviera

ejerciendo la labor en mina.

Las anteriores versiones se corroboran con el proceder de la empresa para el año 2020, en el que, en virtud de la Emergencia Nacional por el Covid – 19, el promotor fue enviado a casa, según informó, tiempo en el cual no se causó el multicitado pago.

En ese raciocinio, para esta Colegiatura lo percibido por el trabajador como auxilio de sostenimiento no constituye factor salarial, por no retribuir la labor desarrollada. En consecuencia, se confirma el fallo censurado respecto a la no inclusión del factor salarial y, por tanto, la improcedencia de la reliquidación solicitada.

3. De la sanción moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales de manera oportuna.

La inconformidad del demandante - apelante, en esta instancia se cimienta en que las prestaciones sociales solo fueron consignadas a órdenes del juzgado luego de haber transcurrido 4 meses desde la finalización del contrato de trabajo, por ello, la procedencia de la sanción moratoria.

Ahora, revisado la demanda y el trámite procesal, se advierte que con el escrito primigenio la pretensión de indemnización moratoria planteada en forma subsidiaria estuvo sustentada en la omisión de la prima extralegal de accidentalidad y sostenimiento al momento de liquidar las prestaciones.

En tal virtud, en aquella oportunidad nada se dijo ni en los hechos como tampoco en las pretensiones, sobre el retardo de 4 meses en el pago de la liquidación final, por lo que resulta evidente que este nueva situación fáctica y pedimento con el recurso es un tema fuera de objeto de debate, dado que la pretensión subsidiaria se cimentó sobre la base de *“no haberle incluido en la liquidación de las prestaciones sociales las primas extra legales canceladas de accidentalidad y de sostenimiento”*.

Vista, así las cosas, lo que se advierte, es la intención de incluir con el recurso de apelación una nueva petición-condena, lo cual no fue planteado ni debatido en el trámite procesal, omisión que impide a esta Colegiatura abordar su estudio de fondo, pues admitir la tesis del recurso, constituiría una vulneración de los derechos al debido proceso y contradicción de la llamada a juicio Dimantec Ltda, la que no a tenido la oportunidad de rebatir y contraprobar el supuesto pago tardío de los emolumentos aducidos en el medio de impugnación.

Frente al particular, conviene recordar que el artículo 66A del CPT y SS consagra el principio de consonancia, al instituir que *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

Conforme a la jurisprudencia vertical las facultades ultra y extra petita establecidas en el artículo 50 del CPT y SS, en principio son exclusivas de los jueces de única y primera instancia, por lo que los jueces de segunda instancia no pueden hacer uso de ellas al no estar contempladas dentro de sus funciones legales, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador (SL3691-2020).

Así en sentencia SL4487-2021, dispuso:

*“Respecto de la última inconformidad del ataque, esto es, la atinente a la falta de aplicación de las facultades extra o ultra petita por parte del fallador de segundo grado – Art. 50 CPTSS-, para también negarle la razón a la censura, basta con recordarle que las mismas se encuentran reservadas al juez de única y primera instancia, quienes son los llamados a utilizarlas, por regla general, en tanto, **el juzgador de alzada tan solo podrá hacerlo de manera excepcional, cuando la omisión del a quo en su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador**, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados,” **Negrilla fuera de texto.***

En esa línea de pensamiento, al no tratarse la sanción moratoria por el pago tardío de las prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo, de un derecho irrenunciable, no se accede a su análisis en esta

instancia. Por consiguiente, se despacha desfavorable este punto de apelación.

4. Del objeto y causa del contrato de trabajo como causa de despido.

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa aducida para exonerarse de indemnizar los perjuicios, en Sentencia SL284-2018, reiteró:

“En principio, a cada parte le corresponde demostrar las afirmaciones o las negaciones que hace como fundamento de sus pretensiones o excepciones. Así lo preceptúa el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, Por supuesto, hay normas de derecho que excepcionalmente exoneran a las partes de acreditar hechos o negaciones, como es el caso de las presunciones y las negaciones indefinidas, para solo traer dos ejemplos.

En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adoctrinado que, en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste (sic), si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión.”

Parte del reparo expuesto por la demandada a la decisión de primer grado, gira en la acreditación de la finalización del contrato comercial entre Dimantec Ltda. y Relianz Mining Solutions, por lo que la causa y objeto del contrato de trabajo del actor había desaparecido al estar este supeditado a dicho contrato comercial. También que, frente al particular, el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo entraña la consecuencia propia de relevar dos de los elementos esenciales de todo contrato, el objeto y la causa, sin los cuales, el contrato no subsiste.

No obstante lo anterior, en el presente caso no puede entenderse que la materia del contrato de trabajo que une a las partes ha dejado de existir, por cuanto, si bien la operación o actividad económica de la empresa se vio

afectada con la terminación unilateral, el 5 de septiembre del 2020, por parte de Relianz Mining Solutions del contrato comercial suscrito con Dimantec Ltda, lo cierto es que del contrato de trabajo suscrito el 18 de mayo de 2011 con el demandante, la posterior suscripción de la convención colectiva 2012 – 2013, no se infiere que la vinculación laboral de Gabriel Figueredo estaba atada a la ejecución del contrato comercial con Relianz.

Admitir esa tesis, es casi como permitir que se induzca la voluntad del empleador a efectos de romper la causa y sustraer el objeto contractual, aspecto que desborda el sentido de la norma y constituiría más una manifestación de voluntad unilateral y arbitraria.

Por lo anterior, no se demuestra que el contrato de trabajo suscrito con Dimantec Ltda., estuviera supeditado al contrato comercial suscrito entre el empleador y Relianz Mining Solutions S.A.S.

Bajo ese panorama, para esta Colegiatura no se configura una justa causa para despedir, por lo que se confirma la condena por indemnización por despido injusto impuesta en primera instancia.

Bajo ese prisma, no es procedente acceder a las súplicas de la alzada, en consecuencia, se confirma la decisión de primera instancia en su integridad.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA N° 4 CIVIL-FAMILIA-LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

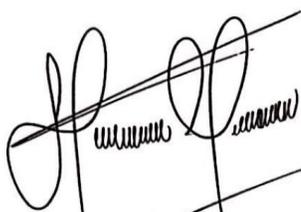
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Chiriguaná, Cesar, el 19 de agosto de 2022.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

TERCERO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

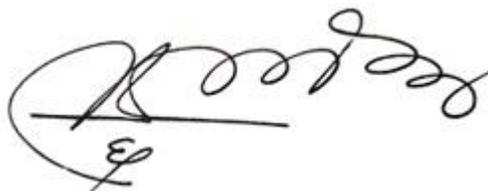
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

Magistrado



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA

Magistrado