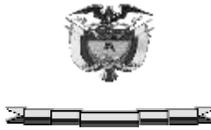


**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA**

**SALA LABORAL**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA**

**PROCESO: ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** JESÚS DAVID TINOCO OROZCO

**DEMANDADO:** RAFAEL ESPINOSA G Y CIA S.A.S

**RADICACION:** 13001-31-05-007-2015-00107-03 (13001-31-05-007-2017-00120-00)

Cartagena De Indias D.T. y C. veinte (20) de noviembre del año dos mil veinte (2020)

Que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 428 de 2020, el Gobierno Nacional adoptó medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas.

Que con posterioridad, el Decreto 806 de 2020, adoptó medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y señaló un trámite para resolver recursos de apelación contra sentencias y autos y estudiar el grado jurisdiccional de consulta en materia laboral, que permite, previo traslado a las partes para alegar por escrito, proferir sentencia escrita.

Que por virtud del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, se prorrogó de manera general la suspensión de términos judiciales desde el 9 al 30 de junio de 2020, exceptuando de dicha medida en materia laboral algunos procesos como el presente y ordenó el levantamiento de la suspensión de términos judiciales y administrativos en todo el país a partir del 1º de julio de 2020.

Conforme a todo lo expuesto en precedencia, para cerrar la instancia, la Sala Cuarta de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena

conformada por los magistrados FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA, como ponente, JONHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS, MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO, se integraron a fin de debatir y proferir la siguiente **SENTENCIA** de manera escrita.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1 PRETENSIONES**

El demandante presentó demanda ordinaria laboral admitida mediante auto fechado 11 de agosto de 2017 (fol. 104), en donde solicitó se declarara la existencia de un contrato de trabajo con la demandada y la ineficacia del despido por condición de discapacidad, con el consecuente reconocimiento de salarios, prestaciones, vacaciones, aportes a la seguridad social, sanción moratoria del artículo 65 del CST, por retardo en el pago de vacaciones. Además, solicitó la declaratoria de incidencia salarial del bono de alimentación habitual, en consecuencia, se reliquidaran las prestaciones sociales y el trabajo suplementario, indexación y costas del proceso. De forma subsidiaria pidió que se condenara a la demandada a pagar la sanción moratoria del artículo 65 del CST, por no haber cancelado las prestaciones sociales teniendo en cuenta el auxilio de alimentación habitual y por no estar a paz y salvo en las cotizaciones a la seguridad social a la fecha de terminación ante el pago deficiente. (fol. 2-3)

### **1.2. HECHOS DE LA DEMANDA**

Como soporte de sus pretensiones, el demandante dijo en síntesis que, prestó sus servicios laborales a favor de la demandada inicialmente a través de un contrato de trabajo a término fijo, y posteriormente por duración indefinida, como auxiliar de asistencia en tierra III, con un salario de \$617.000 más auxilio de transporte, en turnos rotativos, desde el 2 de noviembre de 2014, hasta el 4 de febrero de 2016.

Explicó que el 8 de abril de 2015 cuando descargaba la bodega de un avión, sintió un intenso dolor en los testículos, que impidió su movilidad por lo cual se dirigió a la clínica, donde diagnosticaron la enfermedad de varicocele bilateral. Con ocasión de dicha enfermedad inició tratamiento, fue incapacitado en varias oportunidades y finalmente intervenido quirúrgicamente el 1° de septiembre de 2015, prescribiéndose en esa oportunidad una incapacidad por 5 días y recomendaciones laborales, que no fueron tenidas en cuenta por la demandada, empeorándose su estado de salud, ahora con diagnóstico de hidroceles en gran abundancia y varicocele bilateral en grado II con reflujo. Indicó que pese a los padecimientos fue despedido sin justa causa el 4 de febrero de 2016, por la demandada sin pedir autorización al ministerio de trabajo. Por último, manifestó que recibía mensualmente una bonificación por alimentación que no había sido tenida en cuenta para liquidar trabajo suplementario y prestaciones, haciendo énfasis en que nunca le fueron pagadas las vacaciones. (fol. 1-2)

### **1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA CBI COLOMBIANA S.A**

La entidad demandada presentó escrito de contestación aceptado mediante auto adiado 27 de abril de 2018 (fol. 146), donde manifestó no oponerse a la pretensión de declaratoria de existencia del contrato de trabajo y si oponerse a las demás pretensiones de la demanda, por cuanto el demandante no se encontraba en estado de discapacidad que ameritara solicitar autorización al ministerio. En cuanto a los hechos explicó que conocía del diagnóstico de quistes en el epidimio y varicocele del actor, así como la cirugía que le fue practicada, pero desconoce las recomendaciones a las que hace alusión. Con relación al impago de vacaciones indicó que la relación laboral duró un año y tres meses por lo que no alcanzó a disfrutarlas, pero en su lugar, al finiquito del contrato se pagó la compensación de ese concepto. No propuso excepciones. (fol. 111-118)

Como actuación relevante debe anotarse que la contestación de demanda fue devuelta, en vista que la demandada no dio respuesta al hecho 16 de la demanda, requerimiento que no fue atendido por la pasiva de la litis, razón por la cual, el juez de primera instancia declaró tener como cierto ese hecho fundamentando su decisión en el artículo 31 del CPTSS.

### **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 27 de febrero de 2019, resolvió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida. Basó su decisión en cuanto a la ineficacia del despido en que no estaba demostrada una condición de discapacidad conocida por la demandada, dado que la última incapacidad correspondía a septiembre de 2015 y el contrato fue terminado en febrero de 2016; así mismo que las recomendaciones visibles a folio 19 no contaban con recibido de la demandada y la persona que afirma el demandante haberla recibido, negó durante su declaración la recepción de las recomendaciones en comento. Con relación a la incidencia salarial de la bonificación por alimentos, explicó que no era procedente, en la medida que se trataba de un pago extralegal el cual en virtud del artículo 128 del CST, se había establecido su no carácter salarial en pacto colectivo.

### **3. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la sentencia fue adversa a las pretensiones de la demanda y ésta no fue apelada, procede el grado de consulta, en los términos del artículo 69 del CPTSS.

### **4. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

El apoderado de la parte demandada hizo uso de sus alegaciones, e insistió que debía confirmarse la decisión, puesto que: i) el actor no demostró una condición de

discapacidad a la fecha de terminación del contrato, así como tampoco probó la existencia de restricciones en la labor ordenadas por la EPS, y solo fue hasta la citación ante el ministerio que el demandante dio a conocer tales restricciones. ii) el auxilio extralegal de alimentación no constituía factor salarial por ser un pago extralegal consignado en pacto colectivo al cual se encontraba adherido el actor; y iii) las vacaciones fueron pagadas a través de compensación al finalizar el contrato de trabajo.

## **5. PRESUPUESTOS PROCESALES**

En el presente asunto no se observan deficiencias en los presupuestos procesales ya que la demanda fue presentada en forma legal, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal para resolver el asunto objeto central del presente litigio.

## **6. PROBLEMAS JURÍDICOS**

El problema jurídico por resolver en el presente asunto, consiste en determinar si estuvo ajustada la decisión del juez de primera instancia de no acceder a las pretensiones de ineficacia dl despido e incidencia salarial del bono de alimentación.

## **7. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR LA TESIS DE LA SALA**

- Artículo 26 Ley 361 de 1997
- Artículo 127 y 128 del CST
- Sentencia CSJ SL 13260 – 2016
- sentencia SL 1360 de 2018
- CSJ SL3772-2018
- CSL SL2586-2020
- CSJ SL 29806, CSJ SL403-2013, CSJ SL8216–2016, CSJ SL18110-2016 y CSJ SL2852-2018.

## **8. CONSIDERACIONES**

Sea lo primero indicar que, a estas alturas del proceso, está al margen de la controversia la existencia de un contrato laboral entre el demandante y la demandada, inicialmente por término fijo y posteriormente modificado mediante otro sí a término indefinido, desde el 2 de noviembre de 2014 hasta el 4 de febrero de 2016, por cuanto fueron hechos aceptados por la demandada en su contestación y así se desprende de las documentales adosadas al expediente.

### **8.1. De la ineficacia del despido**

Ha sido postura por parte de esta Corporación, que la garantía de estabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas en condición de discapacidad, para que no puedan ser despedidas por razón de su limitación. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2586-2020 indicó que: *“la garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue concebida a fin de*

*disuadir los despidos discriminatorios, es decir, aquellos fundados en el prejuicio, estigma o estereotipo de la discapacidad del trabajador. Significa lo anterior que los despidos que no obedezcan a la situación de la discapacidad del trabajador sino a una razón objetiva, son legítimos”*

Para que proceda tal protección de estabilidad laboral reforzada, se debe acreditar **i)** que el trabajador padezca de un estado de discapacidad independientemente de su origen; **ii)** que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; **iii)** que el patrono despidiera al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y **iv)** que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo, tal como se dijo, entre otras, en la sentencia CSJ SL3772-2018.

En cuanto al primer requisito, sobre la necesidad de acreditar una condición de discapacidad, esta Sala advierte que como la terminación se dio en el año 2016, no es procedente dar aplicación a los grados de discapacidad señalados en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, por haber sido derogado mediante el Decreto 1352 de 2013, sino que conviene abordarse la discapacidad a la luz de las Leyes 1346 de 2009 y 1618 de 2013, vigentes al momento de la terminación del contrato de trabajo (4 de febrero de 2016), normativa esta última que define a las personas con discapacidad o en situación de discapacidad como *“aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. No obstante, la aplicación de los nuevos abordajes y conceptos sobre los derechos de las personas con discapacidad, el trabajador no se releva de acreditar al menos una limitación física, psíquica o sensorial que dé lugar a dar por demostrada la condición generatriz de la protección especial, no solo con dictamen de pérdida de capacidad laboral proferidos por las juntas de calificación, por no operar tarifa legal frente a la garantía invocada, sino a través de los distintos medios de prueba.

Seguidamente, se resalta la corrección doctrinal traída en la sentencia SL 1360 de 2018, en donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia admitió que existe una presunción en favor del trabajador, esto es, que si el trabajador demuestra su situación de discapacidad, conocida por su empleador, el despido se presume discriminatorio y habría lugar a invocar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios, prestaciones y la sanción de 180 días de salario.

A fin de demostrar su condición de discapacidad la demandante allegó los documentos visibles a folios 17 al 56, del 83 al 87 y del 92-97 del plenario, de los cuales se evidencian que el accionante cuenta con examen médico de ingreso de fecha 2 de octubre de 2014, sin restricciones y solo recomendaciones sobre higiene de columna, uso de elementos de protección persona, hidratación adecuada, autoexamen testicular y control semestral por audiometría; recomendaciones reiteradas en examen periódico de fecha 15 de noviembre de 2015 (fol. 124) y examen de egreso adiado 16 de febrero de 2016 (fol.83)

Seguidamente se observa que el demandante acudió a urgencias el día 20 de abril de 2015 por dolor testicular, generándose incapacidad por dos días, hasta el 22 de abril de ese mismo año, diagnosticándose por el galeno tratante, enfermedad de varicocele bilateral, padecimiento que requirió intervención quirúrgica el 3 de septiembre de 2015, lo cual generó una incapacidad por 15 días, prorrogada por 5 días más.

De la historia clínica se desprende que el demandante además contó con otras incapacidades, por los siguientes períodos: desde el 22 al 25 de abril de 2015 (4 días); del 28 al 30 de abril de 2015 (3 días); 28 al 31 de agosto de 2015 (4 días), del 14 al 23 de mayo de 2015 (10 días), del 2 al 16 de junio de 2015 (15 días), del 27 de junio al 6 de julio de 2015 (10 días), del 21 al 22 de julio de 2015 (2 días); del 29 de julio al 1 de agosto de 2015 (4 días); del 3 al 7 de agosto de 2015 (5 días); del 8 al 17 de agosto de 2015 (10 días); del 28 al 31 de agosto de 2015 (4 días), no obstante, frente a las citadas incapacidades no hay certeza que estuvieran ligadas a la patología del actor, dado que solo se cuenta con la relación de incapacidades de la EPS y el declarante WOODY ORTÍZ, al ser preguntado sobre las incapacidades que recepcionó de parte del actor, éste indicó que había recibido varias, por diversas enfermedades, por ende, no puede concluirse que las incapacidades en comento pertenecieran a la patología diagnosticada.

También se recibió la declaración de Jeison Morales, ex compañero de trabajo del actor quien manifestó que, con posterioridad a la cirugía del demandante, este no podía hacer bien su labor y que conocía la existencia de restricciones porque el mismo demandante se las había mostrado, y que se *"imaginaba"* que éste las había puesto en conocimiento al empleador.

Hasta aquí, para la Sala las pruebas traídas al proceso resultan ser insuficientes para acreditar una condición de discapacidad o de alta vulnerabilidad que imponga dispensar la protección de estabilidad laboral, por las razones que pasan a exponerse:

En primer lugar, no hay evidencia que, al momento del finiquito contractual, 4 de febrero de 2016, el demandante contara una limitación física, psíquica o sensorial que

impidiera realizar su labor, nótese que el declarante WOODY ORTÍZ MORALES, coordinador de seguridad y salud ocupacional, manifestó que el actor hasta el último día de labor desempeñó el cargo de auxiliar de asistencia en tierra.

En segundo lugar, porque a pesar de existir varias incapacidades no consecutivas, de ellas, solo guardan correspondencia con la patología de varicocele, las extendidas con ocasión de asistencia a urgencias (20 de abril de 2014) y de la intervención quirúrgica (1° de septiembre de 2015), siendo esta última data distante de la fecha de terminación contractual, lo que descarta que el despido atendiera a la condición de salud de aquella época. Debe recordarse que, en las relaciones de trabajo, el trabajador puede presentar problemas de salud que logren separarlo momentáneamente de la prestación de sus servicios, pero el resguardo de la estabilidad laboral no se brinda por el hecho de presentar incapacidades, sino que requiere acreditarse que los padecimientos del trabajador impidan notoriamente la realización de la actividad para la cual fue contratado, carga probatoria que el actor no satisfizo, en tanto, él reconoció haber realizado hasta el última día de trabajo la labor para la cual fue contratado.

En tercer lugar, no hay prueba de la existencia de restricciones vigentes a la terminación del contrato. Si bien es cierto el demandante en su interrogatorio al igual que el testigo JEISON MORALES en su declaración, advirtieron la existencia de restricciones, no existe prueba que demuestre el conocimiento que tuviere el ex empleador de estas, pues en su contestación argumentó el desconocimiento de restricciones, lo cual es corroborable con las declaraciones de WOODY ORTIZ MORALES y LAURA LAMBIS, el primero coordinador de seguridad y salud en el trabajo y la segunda jefa de talento humano de la demandada, quienes fueron concordantes, claros y espontáneos al señalar que el demandante no radicó restricciones médicas para ponerlas en conocimiento del ex empleador demandado. Para la Sala el dicho del actor no resulta suficiente para dar por probado el hecho de la existencia de restricciones, y pues no halla respaldo con las demás pruebas recaudadas, en la medida que lo único que avala su dicho es la declaración del testigo JEISON MORALES, sin embargo, estima esta Corporación que este testigo no puede dar cuenta del estado del actor, las limitaciones para realizar la labor contratada o la existencia de restricciones al año 2016, fecha en la que terminó la relación de trabajo, por cuanto reconoció que fue desvinculado por la demandada en el año 2015. Tampoco presencié que el actor hubiere entregado al demandado las recomendaciones médicas, nótese que él se “imagina” que las entregó, pero este cuerpo colegiado no puede dar por probados hechos sobre supuestos imaginarios.

No pierde de vista esta Corporación que el actor acudió a consulta el 11 de septiembre de 2015, para retiro de puntos y en la historia se advierte que el urólogo

sugiere reasignación laboral temporal para evitar esfuerzos físicos a fin de impedir que la sintomatología empeorara. Aunque no existe constancia de recibido por parte de la demandada, como es aceptado por la demandada el conocimiento de la cirugía del actor y las incapacidades que esta produjo, para la Sala la demandada no puede exculparse de la falta de conocimiento de una condición vulnerativa del actor como resultado de la cirugía practicada, es decir a septiembre de 2015, sin embargo, por la data en que fueron extendidas tales recomendaciones, al no existir incapacidades o restricciones con posterioridad a esa data, y no haberse acreditado la imposibilidad del desarrollo de la labor por parte del actor, no puede predicarse que aquella condición estuvo presente a la terminación del contrato, presupuesto necesario para dispensar la protección de estabilidad laboral reforzada.

Adicionalmente, reposa a folio 52 del expediente, documento de fecha 14 de enero de 2016, donde la médico general ADRIANA MALAMBO RAMOS de la NUEVA EPS, aconseja al demandante no levantar carga pesada y no exponerse al sol por largas jornadas de trabajo hasta nueva valoración por urología, sin embargo, resulta ineficaz para demostrar el conocimiento del empleador de una condición de vulnerabilidad previa al despido, por cuanto la demandada desde su contestación negó haberla conocido, y al examinarse la prueba en comento se advierte que dicho documento no fue dirigido a la demandada y no cuenta con acuso de recibido por parte de ésta.

No puede pensarse que se trató de un despido discriminatorio por el solo hecho de no mediar una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del ex empleador, pues este tipo de terminaciones, constituyen una facultad otorgada por el legislador a los actores de la relación laboral, para finalizar unilateralmente el contrato de trabajo en cualquier momento, a cambio de la indemnización consagrada en el artículo 64 de CST. Luego, teniendo en cuenta que la última incapacidad del actor data del 15 de septiembre de 2015 y que la terminación se dio el 4 de febrero de 2016, es decir, más de 4 meses después, es dable concluir que bajo aquella facultad actuó la demandada y no porque existiera una condición meritoria de ser protegida.

Esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en igual sentido en oportunidad anterior en el proceso de radicado N° 13001-31-05-007-2015-00310-02, en donde a pesar de haberse despedido el trabajador sin justa causa, éste no acreditó una condición de discapacidad al finiquito de la relación y mucho menos el conocimiento del empleador, lo que impidió brindar la protección de estabilidad.

En suma, al no acreditarse la condición de discapacidad o de debilidad que generara una merma en el desarrollo de la labor contratada, es decir, que fuera un

obstáculo en el cumplimiento de sus funciones, no hay lugar a brindar la protección invocada, lo cual fuerza a confirmar la sentencia de primera instancia en este sentido.

## 8.2. De la incidencia salarial del auxilio de alimentación

Sobre este tópico se hace necesario traer a colación los artículos 127 y 128 del CST, los cuales disponen:

*ARTICULO 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. (negrilla fuera de texto)*

*ARTICULO 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 VIII 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.*

De lo transcrito se desprende que cuando se persiga la declaratoria de incidencia salarial de una bonificación, deberá verificarse (i) que el pago realizado por el empleador retribuya directamente el servicio para el cual fue contratado el actor; (ii) que sea habitual; y (iii) que no exista un pacto de exclusión salarial, de lo contrario, debe estudiarse si dicho pacto guarda los lineamientos establecidos por la Jurisprudencia, en tanto, el artículo 128 solo habilita a las partes de una relación laboral a establecer que ciertos pagos laborales no se tengan en cuenta en la base de cómputo para liquidar obligaciones laborales, pero no quitarle el carácter salarial a un pago que en esencia lo es, tal como fue señalado en sentencias CSJ SL 29806, CSJ SL403-2013, CSJ SL8216-2016, CSJ SL18110-2016 y CSJ SL2852-2018.

En cuanto al primer presupuesto es importante traer a colación la sentencia CSJ SL12220-2017, en donde la Corte adoctrinó que: “los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta”, por ende, el empleador tiene la carga de probar que la destinación del pago hecho al trabajador obedece a una causa distinta a la prestación personal del servicio, y por tanto, no tiene carácter remuneratorio, tal como explicó también en la sentencia SL5159-2018 reiterada en la sentencia SL4111-2020.

Al revisar las pruebas obrantes en el proceso la Sala se percata de la existencia de un pacto colectivo suscrito por empleados y la empresa demandada, al cual se adhirió el actor (fol. 140), que en su artículo 15 señala el auxilio de alimentación sin carácter salarial. Frente a este beneficio el testigo WOODY ORTÍZ MORALES explicó que el auxilio de alimentación se daba a los trabajadores porque en ocasiones la jornada de trabajo se extendía de la máxima legal y con ese dinero el trabajador compraba comida para llevar a cabo la jornada, lo cual también fue reconocido por el demandante durante su interrogatorio, solo que su inconformidad se ciñó a que el monto suministrado no alcanzaba para comprar la comida del mes, cuestionamiento irrelevante para el objeto perseguido.

Con arreglo a lo anterior, para esta Judicatura no hay lugar a declarar la incidencia salarial del auxilio de alimentación, por cuanto viene probado con la declaración arriba mencionada y el interrogatorio de parte del demandante, que este auxilio no era retributivo del servicio y además se adecua a los pagos que no constituyen salario traídos en el artículo 128 del CST, al tratarse de un auxilio habitual acordado convencionalmente como no constitutivo de salario, siendo discriminado en dicha norma como ejemplo de tales pagos el auxilio de alimentación, imponiéndose confirmar la decisión de primera instancia también frente a este pedimento.

Conoce esta Corporación que existe un precedente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sobre la incidencia salarial de auxilio de alimentos, pero ello es aplicable sobre el auxilio otorgado por las empresas de petróleos a sus trabajadores en los lugares de exploración y explotación cuando está acreditado que los servicios prestados se encuentren alejados del perímetro urbano conforme lo establece el artículo 314 del CST, sin embargo, la situación del actor no se acompasa a la jurisprudencia del tribunal de Casación, siendo perentorio en este caso evidenciarse que el pago de alimentación era retributivo directo del servicio, pero en su lugar, las pruebas recaudadas dan cuenta que tenían una destinación remunerativa muy distinta.

De otra arista, al revisar las pretensiones de la demanda esta Judicatura advierte que se pretendió de manera principal el pago de las vacaciones causadas durante la relación de trabajo, junto con el reconocimiento de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, no obstante, esta Sala no tiene competencia para pronunciarse al respecto, en la medida que la juez de primera instancia no hizo referencia a ellas, en tanto, el grado de consulta recae, no sobre la totalidad de pretensiones, sino con relación a las materias objeto de pronunciamiento del juez A quo, que en este caso negó la prosperidad de las pretensiones de ineficacia del despido y la incidencia salarial del bono de alimentación.

## 9. COSTAS

Sin costas por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

## 10. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

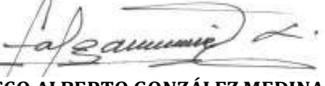
### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena en el proceso ordinario laboral de JESUS DAVID TINOCO OROZCO contra RAFAEL ESPINOSA G Y CIA S.A.S, de conformidad con las consideraciones dadas en precedencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

**TERCERO:** Devolver en su oportunidad el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

### NOTÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA**  
Magistrado

  
**JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS**  
Magistrada

  
**MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO**  
Magistrada

Firmado Por:

**FRANCISCO ALBERTO GONZALEZ MEDINA**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 LABORAL DE CARTAGENA**



Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**d365018527eb1065031e27401bc35f0f849804f9a10268ece555749c0d3e083a**

Documento generado en 20/11/2020 03:37:41 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>