

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**  
**Medellín, cinco (05) de julio de dos mil veintidós (2022)**

DEMANDANTE	: MAURICIO ANDRES PULGARIN ARAQUE
DEMANDADO :	: TECH AND SOLVE S.A.S ALMACENES ÉXITO S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-013-2020-00447-01
RADICADO INTERNO	: 108-22
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 167

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el recurso de apelación en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante, solicita se declare que entre el señor MAURICIO ANDRÉS PULGARIN ARAQUE y la empresa TECH AND SOLVE S.A.S existió un contrato laboral a término indefinido entre el 21 de octubre de 2019 y el 15 de julio de 2020 y que la terminación del contrato laboral realizada por la empresa TECH AND SOLVE S.A.S el 15 de julio de 2020, fue realizada en razón a las afecciones de salud que el empleado presentaba y sin autorización de la oficina del Trabajo como lo exige el artículo 26 de la ley 361 de 1997, y se declare solidariamente responsable a ALMACENES ÉXITO S.A. de las condenas impuestas, en virtud de las funciones laborales desempeñadas con el señor MAURICIO ANDRÉS PULGARIN ARAQUE, y que el salario real devengado corresponde a la suma de \$3.000.000 mensuales, y sobre esta

cifra se deben realizar los aportes a seguridad social y liquidar demás emolumentos y prestaciones derivados del vínculo laboral.

Como consecuencia de lo anterior solicita convalidar el reintegro ordenado a la empresa TECH AND SOLVE S.A.S del señor MAURICIO ANDRÉS PULGARIN ARAQUE por encontrarse en estado de debilidad manifiesta al cargo que venía desempeñando o uno de igual o mayor jerarquía teniendo presente el estado actual de salud y las restricciones medicas del caso, de conformidad con la sentencia del Juzgado Segundo Penal Municipal de Medellín con función de control de garantías para la tutela con radicado 2020-00091, y se CONDENE a la empresa TECH AND SOLVE S.A.S y solidariamente a ALMACENES ÉXITO S.A. a realizar el pago con efecto retroactivo de los salarios dejados de percibir desde el momento en que fue despedido y hasta que fue reintegrado nuevamente, es decir, **desde el 15 de julio de 2020 hasta el 21 de septiembre de 2020**, junto con el pago de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social dejados de realizar y que no hubieren sido pagados a la fecha, correspondientes al mismo lapso, liquidados sobre el salario real de 3´000.000 de pesos devengado por el señor MAURICIO ANDRÉS PULGARIN ARAQUE.

Solicita además se condene a TECH AND SOLVE S.A.S y solidariamente a INVERSIONES ALMACENES ÉXITO S.A.S a reconocer y pagar la indemnización contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, consistente en 180 días de salario a favor del señor MAURICIO ANDRÉS PULGARIN ARAQUE, y condenar a las demandas a realizar la reliquidación y pago de los aportes a seguridad social a nombre de MAURICIO ANDRÉS PULGARIN ARAQUE con base en el salario real del trabajador, a la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Como fundamentos facticos se menciona que comenzó su vinculación laboral con la sociedad TECH AND SOLVE S.A.S el **21 de octubre de 2019** bajo la modalidad de contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de aprendiz de Ingeniero DevOps por lo que se encontraba afiliado a la AFP PROTECCION, EPS SURA y ARL SURA. Que inicialmente la vacante laboral de Ingeniero DevOps ofrecida por la empresa TECH AND SOLVE S.A.S. requería un nivel de especialización y experiencia difícil de satisfacer con el mercado laboral actual de la ciudad de Medellín, por lo que optaron por contratarlo como Ingeniero Aprendiz con un salario mensual de \$1´600.000, pero que en la medida en que fuera satisfaciendo los objetivos del puesto,

adquiriendo experiencia y dando buenos resultados, la asignación salarial iría aumentando. Para el **16 de enero de 2020**, a raíz de su buen desempeño y sobresaliente comportamiento; se le incremento el salario a la suma de \$3.0000.000 mensuales, con la posibilidad de bonificar si desarrollaba certificaciones en Google, Microsoft o AWS. Que durante todo el vínculo laboral nunca ha tenido llamados de atención, y en las evaluaciones de desempeño y cumplimiento de metas, ha obtenido resultados muy favorables con reconocimiento de los jefes de área. Aunado a ello, contaba a sus órdenes con un equipo de trabajo de 7 ingenieros, conformado por: 1 líder de cuenta, 1 scrum master, 1 líder técnico, 2 ingenieros desarrolladores para front-end y back-end, 1 ingeniero tester y 1 ingeniero DevOps.

Que desde el **28 de octubre del 2019**, comenzó a padecer una serie de molestias y dolores en la zona de la columna lumbar, que con el tiempo se fueron derivando en una lesión causada por pasar largos periodos de tiempo sentado, tal y como se puede corroborar en la historia clínica de la época, precisando además que su empleadora nunca le suministró una silla que cumpliera con los requerimientos de su puesto de trabajo, que implicaba permanecer largos periodos de tiempo sentado frente al computador. Que lo anterior es relevante teniendo en cuenta que a raíz de la contingencia desencadenada por el VIRUS COVID – 19 y las medidas de emergencia adoptadas nacionalmente, fue designado para comenzar a trabajar desde su residencia; lo cual, al estar desempeñándose como Ingeniero y necesariamente permanecer periodos prolongados sentado en una silla sin las adecuaciones técnicas necesarias para su destinación; comenzó a agravarse la molestia que padecía en la zona lumbar. Que su actividad laboral con la demandada se orientaba a desarrollar productos informáticos para la empresa ALMACENES ÉXITO S.A, en especial el aplicativo denominado “PAGA FÁCIL”, donde a través de un software podría realizar ventas físicas sin necesidad de personal de cajeros; actividades que también le implicaban desplazarse a las instalaciones de ALMACENES ÉXITO regularmente, con el infortunio de tampoco contar allí con una silla adecuada para su trabajo. Hecho que agravó en gran medida su estado de salud. Que el **25 de febrero de 2020**, fue diagnosticado con las siguientes patologías con apoyo n el TAC de columna lumbar simple: i. Radiculopatía (Causada por compresión, inflamación y/o lesión de raíz de nervio espinal en la zona baja de la espalda) y ii. Lumbago con ciática (Causado por una Hernia en la columna y una Deshidratación discal en los últimos dos niveles). Que a raíz del COVID-19 a partir del **12 de marzo de 2020**, e continuó con sus funciones en la modalidad

de teletrabajo desde su hogar residencia, por lo que se vio obligado a utilizar durante la jornada laboral una silla marca Rimax que no cumplía con las recomendaciones dadas por su médico tratante. Que en múltiples oportunidades solicitó a la empresa TECH AND SOLVE S.A.S. el cambio de la silla de trabajo, pero nunca obtuvo una solución de fondo a sus peticiones. Que la evolución de las patologías escaló de tal manera que se le dificultaba permanecer en una sola posición sentado durante toda la jornada laboral, precisando además que las recomendaciones médicas, fueron comunicadas oportunamente a la empresa, las cuales se resumían en no levantar pesos superiores a los 12 kilogramos, evitar ejercicios de impacto sobre la columna y evitar actividades laborales por más de 1 hora en una misma posición. Que Los analgésicos ya no le ofrecían alivio y en varias oportunidades debió consultar al centro médico demandando un cambio en el tratamiento. Que el **01 de julio de 2020**, se le comunicó un documento denominado “OTROSI AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO” donde le fijaron, entre otras, la reducción del monto del ingreso base de cotización (IBC) para liquidar los aportes a la seguridad social sobre 1’890.000 pesos y no sobre la remuneración real de 3’000.000 de pesos, así:

<b>Remuneración ordinaria</b>	<b>\$ 1’890.000</b>
<b>Prima extralegal permanente</b>	<b>\$ 1’110.000</b>
<b>Total</b>	<b>\$ 3’000.000</b>

Que el **15 de julio de 2020** a través de escrito, la empresa TECH AND SOLVE S.A.S, le notifica que, a partir de la fecha, daba por terminado el vínculo laboral con la compañía, sostenido desde el **21 de octubre del 2019**, aduciendo razones de reorganización interna; ello a pesar de conocer a plenitud el estado de enfermedad y sin autorización de las autoridades del trabajo, y de ello da cuenta como despido injusto lo que así se consagró en la liquidación de prestaciones donde le fue cancelado un total de \$7’126.023 por liquidación, incluyendo la indemnización por despido sin justa causa.

Que posterior al despido, su estado de salud continuó empeorando, a tal punto de dificultar levantarse de la cama y realizar desplazamientos cortos dentro de su casa, así como se puede constatar en la evaluación de fisioterapia del día 03 de agosto de 2020, que narra: “...nota: se recomienda cita médica prioritaria y que este trate de conseguir cita de especialidad ya que el paciente no tolera terapia. no soporta sedestacion, bipedestacion, supino o prono, solo anteral lo cual no permite realizar ningún ejercicio, el traslado de su casa al centro de fisioterapia, es crítico y doloroso, por lo cual se recomienda no

realizar las terapias. Que para el **8 de septiembre del 2020** interpuso acción de tutela en contra de la demandada TECH AND SOLVE S.A.S, solicitando el reintegro, el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, aportes a seguridad social de todo el lapso que estuviere cesante y el pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, consistente en 180 días de salario; y en sentencia de tutela del 14 de septiembre de 2020 asignada bajo radicado 2020-00091, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Medellín con función de control de garantías, decidió Amparar parcial y transitoriamente los derechos fundamentales, ordenándole a la demandada TECH AND SOLVE S.A.S reintegrar laboralmente al trabajador a su anterior cargo. Respecto a los salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social e indemnización, el despacho se abstuvo de realizar algún pronunciamiento, a lo que interpuso el actor la respectiva impugnación y en segunda instancia el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín con Funciones de Conocimiento, confirma íntegramente el fallo recurrido. Que el actor fue reintegrado a su lugar de trabajo en raíz a la sentencia de tutela para la calenda **21 de septiembre de 2020**, y a la presentación de la demanda se encuentra laborando en el cargo de INGENIERO DEVOPS, devengando mensualmente la suma de 3'000.000 pesos, no obstante; su empleadora continua realizando aportes a la seguridad social por una cifra inferior a la realmente devengada, es decir, por 1'890.000, tal y como se lo manifestaron en el OTROSI al contrato individual del trabajo, aunque en el acuerdo de reintegro firmado el 21 de septiembre de 2020, manifiesten que se mantendrían las condiciones contractuales con base al ingreso mensual promedio. Que para retornar a su puesto de trabajo debió incurrir en la compra de una silla de escritorio que cumpliera con las recomendaciones médicas de su caso, a pesar de que es la empresa quien tiene la obligación legal de suministrar los instrumentos adecuados para la labor. Que el estado de salud del demandante continuo sin un tratamiento que elimine la patología de raíz, por lo que presta sus servicios con grandes dificultades y consultando constantemente para el manejo del dolor. Situación que amerita aún más su protección a través de la figura de estabilidad laboral reforzada.

### **RESPUESTA DE LA DEMANDADA TECH AND SOLVE S.A.S**

Esta codemandada al dar respuesta indica que acepta la clase de contrato y la fecha inicial del mismo, esto es, el día 21 de octubre de 2019, bajo modalidad de contrato a término indefinido, pero que fue contratado como como INGENIERO DEVOPS y no como aprendiz, y que el 16 de enero de 2020 se le

incrementó el salario a la suma de \$3.000.000, así como que nunca tuvo llamados de atención. Agrega que **18 de octubre de 2019**, la empresa colmédicos, expidió certificado médico de preingreso ocupacional, donde manifiestan que de acuerdo al examen ocupacional realizado al demandante se considera no presenta restricciones para desempeñar la ocupación de ingeniero devops, y que es lógico que el día 28 de octubre 10 días después de realizar el examen se evidencia complicaciones. Acepta el trabajo en casa a partir de la contingencia del COVID-19, pero precisa que no fue teletrabajo sino trabajo a distancia en los términos de la Circular 0021 de 2020, donde no existía la obligación de suministrar equipos de oficina como lo menciona la misma, y que además por parte de dicha empresa se realizó un acompañamiento en el transcurso del trabajo en casa, donde el trabajador indicó que realizaba pausas activas, precisando además que es el demandante el responsable directo de ubicarse para la prestación de su servicio de manera adecuada en un lugar iluminado de una forma ergonómica en cumplimiento del principio natural de autocuidado, y que el colaborador en el desarrollo de sus actividades en la empresa ALMACENES ÉXITO también contaba con todos los elementos de seguridad y salud en el trabajo de acuerdo a las funciones encomendadas. Acepta así mismo las patologías descritas por el actor, pero indica que según el anexo # 39 aportado por el demandante, donde luego de una consulta al neurocirujano, manifiesta que el paciente posee un dolor lumbar con 1 AÑO DE EVOLUCIÓN, aclara que el dolor lumbar que padece el señor MAURICIO no es más que una patología que venía presentando previo al vínculo laboral y no como consecuencia de la prestación del servicio en dicha empresa. Acepta la reducción del salario comunicada el 01 de julio de 2020, pero indica que ello fue teniendo en cuenta, y dando cumplimiento comunicados emitidos por parte del Ministerio de trabajo y garantizando el derecho al trabajo, donde la empresa optó por optimizar recursos de la compañía sin afectar el ingreso de sus trabajadores, haciendo uso de la figura de la flexibilización salarial soportada en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, artículo 128 del C.S.T, acuerdo 1035 de 2015 expedida por la UGPP, artículo 2 de la Ley 15/59, el artículo 17 de la Ley 344/96; precisando además que las partes al suscribir el OTROSI, el cual es ley para las partes, manifiestan que están de acuerdo con lo pactado en dicho documento. Acepta la terminación del contrato, la liquidación de prestaciones y la indemnización por despido otorgada pero no acepta que el actor sea beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud. Acepta la acción de tutela interpuesta, y el reintegro realizado al actor en cumplimiento de la misma. Frente a todos los demás hechos manifestó que no eran ciertos.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de buena fe, pago total de las obligaciones, cobro de lo no debido y la genérica.

### **RESPUESTA DE LA DEMANDADA ALMACENES ÉXITO S.A**

Al dar respuesta manifestó que Es cierto que la empresa Tech and Solve S.A.S. desarrollaba diferentes productos informáticos para Almacenes Éxito en virtud de un Contrato Comercial de prestación de servicios celebrado entre las dos sociedades y que aquí anexamos como prueba, y que es cierto que en algunas oportunidades se desplazara a las instalaciones de Almacenes Éxito; pues, para la implementación de los programas, instalaciones y redes, era necesario hacerlo, y que no es cierto que no se le dotara de sillas adecuadas. En todo caso, siempre que debió desplazarse a Almacenes Éxito, contó con todos los elementos ergonómicos necesarios para su labor, como espacio físico y dotación de elementos que cumplieran con todas las normas de seguridad y salud vigentes en Colombia. Así mismo acepta la interposición de la acción de tutela precisando que frente a dicha entidad se negó la misma. Frente a los restantes hechos manifestó que no le constan. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de ausencia de legitimación en la causa, petición de lo no debido, prescripción.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 28 de abril de 2022, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, CONVALIDO la orden de reintegro proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías, Confirmada por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín con Funciones de Conocimiento y CONDENO a la empresa TECH AND SOLVE SAS a reintegrar en forma definitiva al señor MAURICIO ANDRES PULGARIN ARAQUE al cargo desempeñado **al 15 de julio de 2020**, o a uno igual o superior, teniendo en cuenta la renuncia presentada por él conforme la confesión del interrogatorio de parte. DECLARO LA INEFICACIA del pacto de desalarización suscrito entre TECH AND SOLVE SAS y el demandante suscrito el 1 de julio de 2020 respecto de la “prima extralegal”.

CONDENO a la empresa TECH AND SOLVE SAS a pagar en favor del señor MAURICIO ANDRES PULGARIN ARAQUE los siguientes conceptos:

- Salarios insolutos: \$6.500.000
- Cesantías: \$541.667
- Intereses a las cesantías. \$11.736
- Primas legales de servicios: \$541.667
- Vacaciones: \$270.833
- Indemnización artículo 26 de la Ley 361 de 1997: \$18.000.000
- Indexación de las condenas.

CONDENÓ a la empresa TECH AND SOLVE SAS a pagar con destino a la administradora de fondos de pensiones donde se encuentre afiliado el demandante lo siguiente:

1. El cálculo actuarial tendiente a validar los reajustes a los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones entre el **1 de julio de 2020 y el 15 de julio de 2020** teniendo en cuenta para ello un IBC mensual de \$3.000.000.
2. El cálculo actuarial tendiente a validar el pago de la cotización por el período comprendido entre el **16 de julio de 2020 y el 20 de septiembre de 2020**, tomando como IBC la suma de \$3.000.000 mensuales.
3. El cálculo actuarial tendiente a validar los reajustes a los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones a partir del 21 de septiembre de 2020, fecha en que fue reintegrado a su puesto de trabajo del demandante y el retiro del sistema dada la renuncia posterior confesada por el demandante, teniendo en cuenta para ello un IBC de \$3.000.000 mensuales.

Precisó que, para la materialización de la sentencia, se condena a TECH AND SOLVE SAS, a radicar dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, ante la administradora de pensiones donde se encuentre actualmente afiliado el demandante, solicitud de liquidación de los cálculos actuariales correspondientes, debiendo pagarlos dentro del término que la entidad de seguridad social le fije.

DECLARÓ PROBADA PARCIALMENTE la excepción de pago, y autorizó a la empresa TECH AND SOLVE SAS, a descontar de las condenas impuestas en la providencia, la suma de \$1.890.000. ABSOLVIO a TECH AND SOLVE SAS de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, y a ALMACENES ÉXITO S.A. de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.



CONDENÓ en costas a cargo de TECH AND SOLVE SAS y en favor de la parte demandante, y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.000.000

### **RECURSO DE APELACION**

**El apoderado de la parte demandante** interpone recurso de apelación manifestando que no está de acuerdo en no condenar solidariamente almacenes éxito pues indica que debe ser declarado responsable de todas las condenas en virtud de las funciones laborales desempeñadas por el demandante, lo anterior por el testigo Boris Ceballos reconoce qué son fundamentales los softwares para la realización del objeto social de la entidad por lo que se evidencia la cercanía de los servicios prestados por la demandada y almacenes éxito. Qué el certificado mercantil reza expresamente “la adquisición y en general la distribución y venta bajo cualquier modalidad comercial de cualquier mercancía y producto nacional y extranjero” y que en razón de ello que mayor grado de cercanía con el objeto social de almacenes éxito qué el desarrollo de alternativas de pago autónomo por parte de los clientes como el mencionado al momento de absorber los interrogatorios. Que no se trata de actividades extrañas al desarrollo de los software que permitan una comercialización de productos más eficiente a favor de almacenes éxito y que por ello se configura la solidaridad consagrada en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo.

Que lo anterior se ratifica con la existencia del departamento de soluciones informáticas y qué fue creado como lo mencionó el señor Boris Ceballos de acuerdo a la estructura organizacional de almacenes éxito y que también fue mencionado en el interrogatorio de Daniela Correa. Que no puede ser únicamente el fundamento para desvirtuar la relación entre el objeto mercantil el mencionar como se indicó en los alegatos de conclusión por el apoderado y almacenes éxito, que desde el principio debieron delegar esa función y qué es todo lo contrario pues precisamente por la necesidad de ver la existencia de este departamento lo que se inclinaron fue por contratar otra serie de compañías para que se encargaran del desarrollo de esos software para poner al servicio de los usuarios de almacenes éxito mayores canales de venta y de comercialización de productos lo que permite evidenciar ese grado de cercanía con el objeto mercantil de la compañía almacenes éxito.

Qué en el proceso se reconoció que la demandada se encargaba de desarrollar el aplicativo paga fácil y se reconoció que esta aplicación era para

permitir la comercialización y venta de bienes por parte del éxito toda vez que para esta empresa es esencial que los clientes puedan pagar a través de diferentes modalidades. Por lo anterior solicita se revoque la sentencia y se realice una condena solidaria a almacenes éxito en razón a las actividades que venía desarrollando el demandante.

**El apoderado de la parte demandada TECH AND SOLVE SAS**, interpone recurso de apelación respecto del numeral uno al cuarto de la sentencia argumentando que pese a las consideraciones del despacho y a la carga dinámica de la prueba y al principio de la sana crítica que mencionó el juez en su sentencia es claro que en el sentido objetivo de una evaluación de un tratamiento que se ha sustentado esa violación o relación directa con la salud del demandante, no se evidencia en las historias clínicas qué se tienen dentro del acápite probatorio del proceso que no existe tratamiento alguno pues estaba en una fase previa que se denomina fase dispersa lo cual da lugar a que no se configuren los elementos que se dan por sentados correspondientes a la estabilidad laboral reforzada. Que además se hizo mención, así como los alegatos de conclusión que para poder que se configure el tema de la estabilidad laboral reforzada no solamente es que el trabajador tenga cualquier padecimiento físico pues se deben de tener unas condiciones que limitan y restrinjan el poder ejercer tanto sus funciones como sus derechos y que en el proceso quedó demostrado que no hay restricción alguna por parte del demandante para ejercer sus derechos.

Además indica que se debe tener una discapacidad relevante y determinante pues de no ser así no da lugar a que se configure un fuero de salud precisando que le sorprende que si el despacho parte de la presunción del fuero de salud y como consecuencia automática parte de la presunción que fue por ese hecho que se le dio por terminado el contrato, así mismo indica que llama la atención referente al hecho notorio del covid-19 indicando que no puede probarse la existencia por cuanto los notorios no están sujetos a prueba. Que el tema del Covid sí fue un reto importante para el sector empresarial colombiano y que es incluso retador como empleadores y como generadores de valor agregado en la sociedad pensar que pese a la disminución y a las condiciones de mercado donde hubo violaciones, variaciones y dificultades en el pago con el objetivo de mantener la generación de valor y empleo no se pueda hacer un ajuste en los correspondientes pagos a la seguridad social.

Que pese a que existen los artículos 127 y 128 del código sustantivo del trabajo este último es claro y parte de que cuando hay un acuerdo expreso entre las partes es posible hablar de primas extralegales y de acuerdos salariales no como lo dice la primera parte del artículo 128 que solamente con aquellos elementos de mera liberalidad y que no tengan recurrencia sino que en su parte segunda aclara qué es posible que pese a que exista está recurrencia hay un acuerdo entre las partes y que por lo tanto es en virtud de esa segunda parte del artículo 128 que en el marco de la ley artículo 13 de la ley 1393 acuerdo 1035 de 2015, artículo 2o de la ley 15 del 98, se establece de mutuo acuerdo entre las partes y cómo quedó probado en el proceso y en el interrogatorio de parte estaba de acuerdo el demandante en esa variación salarial transitoria qué quedó establecido en esa documentación con el objetivo de ampliar el término de poder viabilizar la estructura laboral de la compañía.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El apoderado de almacenes éxito** presenta alegatos de conclusión manifestando que conforme al artículo 34 del C.S.T y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia dicha empresa no es responsable solidaria de las obligaciones contraídas por la demandada indicando para ello que como ya se ha demostrado a lo largo de este proceso, la empresa contratante no dispone de trabajadores propios que pudiesen adelantar directamente la actividad contratada. Que no anterior se desprende con claridad de las declaraciones de los testigos, todas coincidentes, en las que se expuso que, con base en los requerimientos académicos y tecnológicos especializados que se precisaban para adelantar la actividad, era necesario disponer de un “Ingeniero Vops” con su equipo para poder realizarla; y en la sociedad contratante no se tenía ningún equipo ni ningún empleado que tuviese tales conocimientos y tal experticia. Que este razonamiento tiene total corroboración en las declaraciones del demandante, quien, al responder al interrogatorio, siempre afirmó que tenían todo un equipo para desarrollar los proyectos para el éxito y para otras entidades.

Que siempre se refirió a un equipo de personal de Tech and Solves; nunca dijo que de ese equipo de trabajo formara parte alguien de Almacenes éxito. Que además en el contrato de trabajo celebrado entre Tech and Solves y el demandante, se dijo que el objeto era para el desempeño de las funciones propias del cargo de Ingeniero Devops, o sea, para desempeñar una labor

para la cual no había quien la pudiera realizar en Almacenes éxito. Que la actividad contratada no es del giro normal de los negocios de la empresa contratante, ya que la actividad contratada es ajena a las actividades de Almacenes éxito. Que la parte demandante ha tratado de confundir al juzgador, aduciendo que, si el software desarrollado por la empresa contratista le era de utilidad a almacenes éxito, entonces esa labor era del giro ordinario de los negocios de almacenes éxito. Lo cual es una falacia total. Es claro que, si la empresa contrata la creación y desarrollo de un software, es porque el desarrollo logrado le va a servir; si el contrato se refiriera a un desarrollo que no le sirve, pues claro que no lo contrataría. Es de simple lógica. Que el resultado del contrato fue la creación, desarrollo e instalación de un software denominado “ChekOut” o “Pagafácil” que lograría una manera más fácil y directa de pago por parte de los clientes. Pero para llegar a esa creación y desarrollo, se requería, unas personas especializadas, un equipo y unos conocimientos que no existen en almacenes éxito por lo que había que contratarlos con terceros. Por lo anterior solicita confirmar la sentencia de primera instancia.

### **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico en esta instancia se centra en determinar si para el caso bajo estudio se encuentran demostrados los presupuestos necesarios para configurar la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud a favor del demandante, si hay lugar al pago de los salarios y prestaciones y aportes a la seguridad social con la totalidad del salario devengado por el actor y por último si la demandada almacenes éxito esta llamada o no a responder solidariamente por las condenas que se puedan impartir en la sentencia.

Para el caso bajo estudio no existe discusión además de que se encuentra probado y aceptado dentro del proceso lo siguiente:

Que entre el demandante y la empresa demandada TECH AND SOLVE S.A.S existió un contrato de trabajo desde el **21 de octubre del 2019** (página 15 y ss del PDF 4).

Que el día **15 de julio del año 2020** (página 72 del PDF 4) se envió al demandante carta de terminación unilateral de contrato según el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, en la que no se invoca justa causa y en su lugar se paga una indemnización por despido en la suma de \$1.890.000.

Que el día **21 de septiembre del año 2020** el demandante fue reintegrado por la empresa demandada en cumplimiento de la sentencia de tutela emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Medellín con función de control de garantías, confirmada por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín con Funciones de Conocimiento.

Por lo anterior se debe determinar si al momento de la terminación de contrato laboral el día **15 de julio del año 2020** se encontraba bajo la protección especial del fuero de estabilidad laboral reforzada por salud y por ende determinar si es viable convalidar la orden de reintegro de la sentencia de tutela.

#### **1. Respecto a la estabilidad laboral reforzada de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta por condiciones de salud.**

Sea lo primero advertir que para la sala existe diferencia entre la discapacidad y la incapacidad, toda vez que la **Incapacidad** hace relación a estar impedido transitoriamente para alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de las funciones intelectuales o físicas. **La discapacidad** es un estado temporal prolongado o **permanente** de una persona que, por accidente o enfermedad, queda **mermada en su capacidad laboral**. Con base en esa distinción debe estudiarse este asunto o como lo señala la Sentencia T 936 de 2009 “... *de tal suerte que no toda incapacidad genera discapacidad, solo lo hará aquella incapacidad que por su gravedad y continuidad en el tiempo se torne como un obstáculo para la realización de trabajos, producto de la disminución o pérdida total de la capacidad laboral que genera*”.

De manera general se puede decir que la Constitución Nacional en sus artículos 25, 47, 48, 49 y 54 garantizan a los discapacitados el derecho al trabajo en condiciones dignas y acorde con sus condiciones de salud.

La Ley 361 de 1997, estableció mecanismos de integración social de las personas con limitación, buscando la normalización social plena y la total integración de las personas con limitación basada en convenios y tratados internacionales sobre la materia como la Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas en el año 1948, la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental aprobada por la ONU el

20 de diciembre de 1971, la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación, aprobada por la Resolución 3447 de la misma organización, del 9 de diciembre de 1975, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos, UNESCO 1981, la Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983 y la recomendación 168 de la OIT de 1983.

El artículo 26 de la ley 361 de 1997, reza:

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

Partiendo de lo anterior conviene recordar la sentencia SL1360-2018 con radicado 53.394 donde abandona el criterio de la sentencia 36.115 en el que consideraba que artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, señalando lo siguiente:

*“...Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de **discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.** ...*

*Lo anterior significa que **la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador.** Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.*

*Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el **juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz** (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. (...).”*

Ahora, según lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral entre otras en sentencia STL 3420 de 2020, para que se den los presupuestos de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud se deben cumplir 4 requisitos o condiciones tales como, i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o

profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el empleador no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

No obstante, lo anterior, dicha exigencia de la calificación para que opere la estabilidad laboral reforzada ha sido morigerada por dicha corporación en sentencia SL 2586 de 2020, en el sentido de precisar que esta no resulta necesaria al momento de la terminación del contrato de trabajo y que en caso tal el trabajador puede demostrar a través de diferentes medios probatorios tal situación.

Concordado con lo anterior, debe precisarse que la Corte Constitucional ha expresado en la reiteración de su jurisprudencia que para que opere la protección en mención el trabajador debe probar la existencia de una condición de debilidad, la que no se circunscribe a la demostración de una calificación previa del grado de invalidez, sino a la comprobación de unas circunstancias objetivas de salud que impidan o dificulten al trabajador el desempeño regular de sus labores y que la misma sea conocida por el empleador, tal y como se ha sostenido en las sentencias SU-049 de 2017 y SU-040 de 2018.

Así mismo en reciente sentencia T 052 de 2020, se ha indicado que para que opere esta protección, la misma dependerá de:

*“ (i) que se establezca que el trabajador tenga un estado de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, **pues no cualquier afectación de la salud resulta suficiente para sostener que hay lugar a considerar al trabajador como un sujeto de especial protección constitucional;** (ii) que el estado de debilidad manifiesta sea conocido por el empleador en un momento previo al despido, y, finalmente, (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el mismo tiene origen en una discriminación. La jurisprudencia constitucional ha señalado que, establecida sumariamente la situación de debilidad, corresponde al empleador acreditar suficientemente la existencia de una causa justificada para dar por terminado el contrato” (resalto intensional).*

Partiendo de las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales deberá descenderse al caso en concreto con el fin de determinar si existe o no la estabilidad laboral reforzada alegada por la demandante.

Ahora, con respecto a la prueba documental obrante en el expediente se tiene lo siguiente:

- Copia de contrato de trabajo (fls fls 25 y ss).
- Carta del 14 de enero de 2020, donde se comunica el cambio de salario.
- Reportes de historia clínica y certificados de incapacidad, (fls 25 a 69, 74 y 75, 118 a 122).
- Copia del otrosi al contrato de trabajo, (fls 70 a 71)
- Carta de terminación de contrato de trabajo, (fls 72).
- Copia de liquidación de contrato de trabajo, (fls 73).
- Copia de tutela y sentencias emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías, impugnación y sentencia emitida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito De Medellín con Funciones de Conocimiento, (fls 74 a 106)
- Historia laboral de la AFP Protección S.A, (fls 107 a 115)
- Copia de acta acuerdo de reintegro, (fls 116 y 117)

Partiendo de lo anterior, en atención a las cargas procesales contenidas en los artículos 164 y 167 del C.G.P y después de ser valorada en su conjunto las pruebas aportadas al proceso, con base en las reglas de la **sana crítica y la libre formación del convencimiento** (art. 61 del CPL), se concluye lo siguiente:

A folio 23 del expediente milita constancia de atención de urgencias del **28 de octubre de 2019** se dejó consignado cómo motivo de la consulta “refiere cuadro clínico de 3 días de dolor lumbar no asociado a trauma ni a síntomas urinarios irritativos. Paciente presenta limitación para los movimientos y para la marcha. Se encuentra hemodinámicamente estable”

En igual sentido se refiere que en consulta del **31 de octubre del 2019** dónde le está autorizando al demandante la realización de un examen denominado radiografía de sacro coxis con carácter prioritario y se le prescribe incapacidad por el término de dos días página 28 PDF 4.

De igual forma en atención médica del **5 de febrero del 2020** se observa que el demandante acude a cita con neurocirujano en la cual refiere que tiene un dolor lumbar incluso con un año de evolución y como diagnóstico se establece “lumbago no especificado” ordenándose un tac de columna lumbar



simple y electromiografía y se prescribe o se ordena cita de control en dos meses por neurocirugía cirugía y se dan las siguientes recomendaciones: (página 34 y ss PDF 4).

- no levantar peso mayor a 12 kg
- evitar ejercicios de impacto sobre la columna como brincar saltar o correr.
- evitar actividades laborales que impliquen manipular equipos neumáticos que produzcan vibración corporal.
- no permanecer más de una hora en una misma posición
- evitar subir escalas repetidamente
- evitar actividad que implique flexión forzada del tronco

En tomografía computarizada simple de columna lumbar realizada el **25 de febrero del 2020** se deja como conclusión lo siguientes: “cambio por deshidratación discal en los dos últimos niveles extrusión de fragmento discal por material extruido extendido al receso lateral izquierdo” pagina 49 del PDF 4.

Posteriormente se evidencia que el actor el **9 de julio del año 2020** tiene cita con neurocirugía en dónde se indica que padecen lumbalgia desde octubre de 2019, se le ordena fisioterapia y se le ordena cita de control en 4 meses. (página 54 a 61 PDF 4)

En atención del instituto colombiano del dolor del **25 de julio del 2020** se diagnostica lumbago con ciática, En atención del 03 de agosto de 2020 se desprende lo siguiente: “se recomienda cita médica prioritaria y que este trate de conseguir cita de especialidad **ya que el paciente no tolera terapia**. no soporta sedestación, bipedestacion, supino o prono, solo anteral lo cual no permite realizar ningún ejercicio, **el traslado de su casa al centro de fisioterapia, es crítico y doloroso, por lo cual se recomienda no realizar las terapias**” (resalto intensional), pagina 75 del PDF 4, y el 10 agosto del 2020 se diagnostica radiculopatía en lumbago no especificado.

Partiendo de todo lo descrito concluye la Sala que efectivamente el señor MAURICIO ANDRES PULGARIN ARAQUE ha estado y estuvo bajo tratamiento médico constante antes y después de la terminación del contrato realizada el 15 de julio de 2020, incluso con recomendaciones médicas laborales que referían no levantar peso mayor a 12 kg , evitar ejercicios de

impacto sobre la columna como brincar saltar o correr, evitar actividades laborales que impliquen manipular equipos neumáticos que produzcan vibración corporal, no permanecer más de una hora en una misma posición, evitar subir escalas repetidamente, evitar actividad que implique flexión forzada del tronco

De este modo para el día 15 de julio del año 2020 qué fue la fecha de terminación de contrato el demandante contaba un con un tratamiento médico en curso incluso estaba siendo atendido por la especialidad de neurocirugía, se le prescribieron fisioterapias en su momento con ocasión de sus padecimientos de salud los cuales le generaban dolor y dificultades para su movilidad y este fue el motivo para las consultas médicas con galenos y especialistas con anterioridad y posterioridad a la terminación del contrato, tal y como se dijo en primera instancia.

En virtud de lo anterior observa la Sala que al momento de la terminación del contrato ocurrida el 15 de julio de 2020 el demandante si ostentaba una condición de salud que lo hacia acreedor a la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, pues para la sala en los términos argumentados por la corte de acuerdo al análisis realizado si existían unas circunstancias objetivas de salud que le impedían y dificultaban al trabajador el desempeño regular de sus labores, por los dolores intensos que padecía, al punto que ni siquiera toleraba terapia, como quedó consignado en precedencia.

Respecto del conocimiento del empleador acerca de la situación de Salud del trabajador, debe decirse que ello no fue objeto de recurso de la parte demandada TECH AND SOLVE S.A.S, por lo que se infiere dicha empresa si tenía conocimiento del estado de salud del señor MAURICIO ANDRES PULGARIN ARAQUE, lo que se infiere además del documento aportado por la misma entidad demandada contentivo de un correo electrónico del 9 de septiembre del 2020 de donde se desprende lo siguiente: "Hola Lili te mando información relacionada con el cambio de la silla el 28 de noviembre se oficializó que ya tenía una silla adecuada y en **dónde se evidencia también que Mauricio ya tenía un problema de columna previo al ingreso a Tec** quedo atenta"

Lo mismo se desprende del correo electrónico del 27 de noviembre del 2019 (página 56 del PDF 10 aportado por la misma demandada), donde se lee lo siguiente: "sí señor Mauricio recientemente estuvo incapacitado varios días

por un problema de espalda, **se le diagnóstico una desviación del coxis** el cual hace que el hueso ocasionalmente entre en contacto con el nervio lo que le genera un dolor crónico, es un tema que viene desde antes de TECH pero que lo hace más vulnerable al riesgo económico al que estamos expuestos. Esta semana hablamos con Alexander Orozco el líder técnico de KTC para pedirle apoyo en caso de verlo muy mal ante lo cual nos contó que le había solicitado un miembro del equipo considerar cambiar de silla con Mauricio pues los otros solvers están en sillas buenas pero el chico no aceptó”

En virtud de lo anterior y según lo expuesto por la CSJ SL1360-2018 con radicado 53.394, como la terminación del contrato de trabajo del demandante, acaecida el 15 de julio de 2020 fue sin justa causa y donde por ende se canceló la correspondiente indemnización por despido injusto, según lo probado y analizado en precedencia no se desvirtuó la presunción de despido discriminatorio por el estado de salud del demandante al no haber ninguna justa causa que ameritara la terminación del contrato de trabajo, y en razón de ello deberá CONFIRMARSE la sentencia de primera instancia que CONVALIDO la orden de reintegro proferidas dentro de las acciones de tutela emitidas por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías, Confirmada por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín con Funciones de Conocimiento y que CONDENO a la empresa TECH AND SOLVE SAS a reintegrar en forma definitiva al señor MAURICIO ANDRES PULGARIN ARAQUE al cargo desempeñado **al 15 de julio de 2020.**

## **2. Respecto al salario real devengado por el demandante.**

Por su parte los artículos 127 y 128 del código sustantivo del trabajo establecen en su orden lo siguiente:

“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.

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”

A su turno la parte demandada indica como sustento a su favor que no debe tenerse en cuenta la totalidad del salario en los términos pretendidos por la parte actora en tanto que dicha sociedad realizó la reducción del salario comunicada el 01 de julio de 2020, pero que ello fue teniendo en cuenta, y dando cumplimiento comunicados emitidos por parte del Ministerio de trabajo y garantizando el derecho al trabajo, donde la empresa opto por optimizar recursos de la compañía sin afectar el ingreso de sus trabajadores, haciendo uso de la figura de la flexibilización salarial soportada en el artículo **30 de la Ley 1393 de 2010**, artículo 128 del C.S.T, entre otros.

Frente a lo que es y no salario al tenor de lo consagrado en el artículo 30 de la ley 1393 de 2010, la CSJ en explicación de la referida normativa ha indicado entre otras cosas **que la misma no modifica el concepto de salario**, pues la misma se limita a prohibir que los pagos no constitutivos de salario excedan el 40 % del total de la remuneración recibida por el trabajador para efecto de determinar el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social, y por lo tanto lo que se considera o no salario, su concepto y sus elementos **siguen siendo regidos por los artículos 127 y 128 del CS**.

En orden de lo anterior ha explicado la CSJ en reciente sentencia SL033, radicación n.º 88213, del 18 de enero de 2022 lo siguiente:

A más de ello y sin perjuicio de las irregularidades técnicas de las que adolece la acusación, es importante resaltar que esta Sala de Casación Laboral ha explicado que la citada norma, inscrita en el capítulo 1 de la Ley 1393 de 2010 sobre *«medidas de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes»*, no modifica el concepto de salario definido en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Al respecto, en CSJ SL5159 - 2018 puntualizó:

El precepto bajo análisis se limita a prohibir que los pagos no constitutivos de salario excedan el 40% del total de la remuneración *para efectos* de determinar el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social. Nótese que la regla deja a salvo *«lo previsto para otros fines»*, al tiempo que circunscribe esta prohibición *«para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993»*, esto es, el IBC de la seguridad social.

Quiere decir lo anterior que el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 no es una autorización para *desalarizar* hasta el 40% de la remuneración del trabajador. El régimen del salario, su concepto y sus elementos, siguen gobernados por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que lo conciben como toda remuneración que percibe el trabajador por la prestación del servicio. De manera que, bien puede

ocurrir que en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP) se determine que ciertos emolumentos, inferiores al 40% del total de la remuneración, son salario porque retribuyen directamente la fuerza de trabajo.

En este caso, el recurrente se concentra en demostrar que el total de los pagos no retributivos, excedían el 40%, lo que a su juicio lleva a considerar que el auxilio de rodamiento es salario. Se acaba de explicar que el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 no tiene relevancia en la definición de lo que es o no es salario, de manera que su ataque es ineficaz de cara a su propósito.

En consecuencia, aunque el artículo 30 denunciado refiere que los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores no podrán ser superiores al 40% de la remuneración, lo menciona para los efectos relacionados en los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, que tienen que ver con el monto y distribución de las cotizaciones al régimen contributivo de salud y pensiones, de modo que no es posible generalizar la regla que propone el recurrente a un supuesto no regulado expresamente por esa norma.

El criterio anterior ya había sido reiterado por dicha corporación en sentencias SL 4773 de 2021, SL 1712 de 2021, SL 4547 de 2020, SL 5086 de 2020 y SL 5159 de 2018.

Partiendo de lo anterior aplicado al caso bajo estudio se tiene que según documento del folio 20 del PDF 4 denominado cambio de salario la representante legal de la sociedad TECH AND SOLVE SAS notifica que a partir del 16 de enero de 2020 el salario sería de \$3.000.000.

Así mismo a folios 70 y 71 del PDF 4, milita documento del otro sí al contrato suscrito inicialmente por las partes el 01 de octubre de 2019 en el cual se consagró lo siguiente:

“PRIMERO: Modificar la cláusula SEGUNDA. REMUNERACIÓN, quedando así:

SEGUNDA: REMUNERACIÓN. Por la prestación de los servicios que aquí se contratan LA EMPRESA se compromete a pagar a EL EMPLEADO como remuneración directa por sus funciones, un salario por valor de UN MILLON OCHOCIENTOS NOVENTA MIL PESOS M.L. (\$1.890.000) el cual se pagará de forma mensual. PARÁGRAFO PRIMERO: Se aclara y se conviene que a menos que se encuentre establecido en la política de LA EMPRESA o en un convenio por escrito entre LA EMPRESA y EL TRABAJADOR, este último no tendrá derecho a ninguna comisión por la venta o transferencia de productos de la empresa.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Las partes acuerdan que en los casos en que se le reconozcan a EL TRABAJADOR beneficios diferentes al salario, por concepto de alimentación, habitación o vivienda, transporte y vestuario, se considerarán tales beneficios o reconocimientos como no salariales y por tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de

acreencias laborales, ni el pago de aportes Parafiscales (diferentes a los de seguridad social), de conformidad con los Arts. 15 y 16 de la Ley 50/90, en concordancia con el Art. 17 de la Ley 344/96.

SEGUNDO: Adicionar la cláusula DÉCIMA SEXTA del contrato individual de trabajo denominada flexibilización salarial, la cual quedará de la siguiente manera:

DÉCIMA SEXTA: FLEXIBILIZACIÓN SALARIAL: LAS PARTES de mutuo acuerdo pactan que de conformidad con los artículos 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el art 17 de la Ley 344 de 1996, el Acuerdo 1035 de 2015 de la UGPP y el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, EL TRABAJADOR recibirá por concepto de prima extralegal el valor de UN MILLON CIENTO DIEZ MIL PESOS M.L. (\$1.110.000) el cual pese a su carácter de permanente no será constitutivo de salario, por acuerdo, expreso, escrito y voluntario de las partes, tal como lo estipula el artículo 128 del C.S.T., y la normatividad previamente enunciada. **Razón por la cual, el presente valor no hará parte del Ingreso Base de Cotización – IBC, para el pago de aportes al sistema de Seguridad Social Integral, Caja de Compensación Familiar; SENA e ICBF (Art 17 de la Ley 344 de 1996). El valor soportado en la presente cláusula respeta los límites consagrados en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010".** (resalto intensional)

Conforme lo anterior es claro que, a partir del **01 de julio de 2020**, la remuneración percibida por el demandante fue la siguiente:

<b>Remuneración ordinaria</b>	<b>\$ 1'890.000</b>
<b>Prima extralegal permanente</b>	<b>\$ 1'110.000</b>
<b>Total</b>	<b>\$ 3'000.000</b>

De lo anterior queda comprobado tal y como lo acepta la sociedad demandada que el pago de los aportes a la seguridad social se realizó sin tener en cuenta la suma de \$1.110.000 que a partir del 01 de julio de 2020 se empezó a devengar a titulo de prima extralegal permanente sin justificación alguna, suma esta que tampoco se tuvo en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales como se observa del documento de folios 73 del PDF 4.

En orden de lo anterior y como quiera qué el pago realizado al actor bajo la denominación de prima extralegal a juicio de la sala es una contraprestación directa por la prestación del servicio es que se concluye que el mismo es constitutivo de salario pues dicha suma ya se venía percibiendo desde el 16 de enero del 2020 con un carácter salarian sin que exista ninguna razón justificativa ni válida que permitiera dicha modificación a partir del 01 de julio del 2020, pues nótese que según lo probado en el expediente las situaciones de prestación del servicio fueron las mismas antes y después de dicha

modificación, es decir, se siguió realizando el trabajo en los mismos términos en cuanto a la calidad, cantidad y gestión del trabajo, lo que lleva a inferir como ya se advirtió que no existió ninguna circunstancia que permitiera inferir qué el concepto denominado bajo prima extralegal no fuera en razón o como producto de la contraprestación directa del servicio prestado por el demandante.

En este sentido se concluye y conforme al anunciado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que el pacto no constitutivo de salario suscrito por las partes vulnera derechos de los trabajadores que incluso va ligado con los derechos fundamentales a la seguridad social pues ello implica el pago deficitario de las cotizaciones al sistema general de pensiones y por lo tanto dicho detrimento se torna atentatorio contra los derechos del trabajador y por lo tanto dicho pacto no constitutivo de salario se torna como ineficaz.

En razón de lo anterior se debe CONFIRMAR la sentencia de primera instancia que ordeno el pago de los salarios y prestaciones, y el reajuste de los aportes a la seguridad social en pensiones con la suma de \$3.000.000 como salario total y real devengado por el demandante.

### **3. De la responsabilidad solidaria de la sociedad almacenes éxito S.A**

Con respecto a la solidaridad establece el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo lo siguiente:

#### **“CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.**

*1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***

*2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus*

*trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”*

Sobre la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST, ha dicho la CSJ de vieja data lo siguiente:

*Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que para que la solidaridad se dé, a más de que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, **se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, DIRECTAMENTE VINCULADA CON LA ORDINARIA EXPLOTACIÓN DE SU OBJETO ECONÓMICO.***

*Igualmente, tiene adoctrinado la Sala que para su determinación se puede tener en cuenta la actividad específica desarrollada por el trabajador y no sólo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra.*

*Sobre la hermenéutica del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, esta Corporación, en sentencia del 24 de agosto de 2011, radicación 40.135, sostuvo:*

*... no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo **medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución**, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal” (Sentencia del 8 de mayo de 1961). ...<sup>1</sup>*

Así mismo en sentencia SL 236 del 08 de febrero de 2022 se dijo lo siguiente:

*“A más de lo dicho en el estadio de la casación, resulta importante recordar que para la procedencia de la solidaridad, las actividades contratadas deben ser afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante; y que no cualquier actividad desarrollada por el contratista o el trabajador puede generar el pago solidario de las obligaciones laborales. Así se recordó en la sentencia CSJ SL7789-2016 reiterada en la decisión CSJ SL 3774-2021 que al efecto precisa:*

*Como lo destaca el recurrente, la disposición legal que concibe la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del primero, **exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan correspondencia en su objeto social.***

*No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el **pago solidario de las obligaciones laborales.** En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o*

---

<sup>1</sup> CSJ SL del 6 de marzo de 2013, No. 39050.



propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines.

En sentencia del 5 de febrero de 2014 radicación 38651, se dijo sobre el particular:

En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub judice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico. (Subrayas y cursiva de la Sala)

Partiendo de lo anterior se concluye que para el presente caso no existe una responsabilidad solidaria de la sociedad almacenes éxito S.A con respecto a las obligaciones contraídas por la demandada TECH AND SOLVE SAS, por lo siguiente:

Según se advierte del documento que milita a folios 14 del PDF 11 el objeto social de la empresa demandada TECH AND SOLVE SAS es el siguiente: “la realización de cualquier actividad comercial o civil lícita, especialmente las siguientes: asesorías y consultoría en tecnología, desarrollo de software; aseguramiento de calidad de software, gestión de proyectos tecnológicos, suministro venta y comercialización de licencias de software, comercio al por mayor y detal de parte suministros de computadores. la administración adquisición o creación de marcas nacionales o extranjeras realizadas con el objeto social”

Y según documento de folios 125 y ss del PDF 4 se observa que el objeto social de almacenes éxito se circunscribe principalmente a:

“a) La adquisición, procesamiento, transformación, y en general, la distribución y venta bajo cualquier modalidad comercial, incluyendo la financiación de la misma, de toda clase de mercancías y productos nacionales y extranjeros, incluidos artículos farmacéuticos, elementos médicos y afines, al por mayor y/o al detal, por medios físicos o virtuales. igualmente, le corresponde la prestación de servicios complementarios tales como el otorgamiento de créditos para la adquisición de mercancías, el otorgamiento de seguros, la realización de giros, remesas y actividades de apoyo a un operador de servicios postales de pago debidamente habilitado y

registrado por el ministerio de tecnologías de la información y las comunicaciones; la prestación de servicios de telefonía móvil, la comercialización de viajes y paquetes turísticos, la reparación y mantenimiento de bienes muebles, la realización de trámites, y la entrega en arrendamiento o bajo cualquier otro título de locales o espacios comerciales en almacenes, galerías o centros comerciales”.

Ahora, según contrato de prestación de servicios suscrito entre TECH AND SOLVE S.A.S. y almacenes éxito S.A, que obraa folios 20 y ss del PDF 11, se desprende como objeto del mismo lo siguiente:

“PRIMERA: OBJETO. EL CONTRATISTA, de manera independiente, con autonomía técnica, financiera y directiva, utilizando sus propios recursos, se obliga para con ÉXITO, a prestarlos servicios asociados al Desarrollo de Software comprendidos entre Arquitectura de Software, DevOps, Desarrollo de Soluciones de Software, Calidad del Software, Automatización de pruebas, Acompañamiento Metodológico a los proyectos de Desarrollo de Software, Investigación de Nuevos Desarrollos y de Nuevas Tecnologías; a través de Metodologías Ágiles., tal cual se encuentra detallado en el Anexo N. 1 del presente Contrato “Descripción y Condiciones del servicio”.

Conforme lo mencionado se debe advertir que en el proceso declararon las siguientes personas quienes manifestaron respecto al objeto social de las demandadas y de la labor contratada con la sociedad TECH AND SOLVE SAS, lo siguiente:

**BORIS ARMANDO CEBALLOS**, testigo de almacenes éxito S.A, y responsable del departamento de soluciones informativas en almacenes éxito, manifestó que está vinculado con dicha sociedad desde 1988 y que entre la demandada y almacenes éxito hubo un contrato para este tipo de soluciones y el objeto principal de ese contrato era básicamente prestar los servicios de desarrollo de software y consultoría para el desarrollo de software o el desarrollo de soluciones de tecnología o de servicios de información, que en almacenes éxito no hay ingenieros DevOps, que puedan hacer el trabajo para el cual se contrató al demandante a través de la sociedad TECH AND SOLVE SAS no con nivel de experticia con el nivel de rapidez y calidad que demanda. Que el aplicativo paga fácil más que un aplicativo es un programa, es una estrategia corporativa qué busca que los grupos de almacenes éxito este mejor pero no es específicamente un programa y acepta que la demandada TECH AND SOLVE SAS estuvo en el desarrollo de este programa o esta estrategia y cómo un módulo importante dentro de todo el software crearon una herramienta qué es el check-out por lo que específicamente contrataron a la demandada para que trabajara en este que es una tecnología que busca que el cliente por sus propios medios

registre sus productos cuando va a las tiendas no requiere de la atención dedicada de una cajera para que ella haga el proceso de registro lo que busca que el cliente sea autónomo y el mismo cliente puede hacer todo su proceso sí requiere ayuda por demanda tiene ayuda de una persona de la tienda precisando además que el demandante si estuvo involucrado en el desarrollo de esta herramienta, y cuando se le pregunta que si es posible que las personas compren en el éxito sin la necesidad de este programa respondió que sí, que hay muchas compañías que no tienen ese programa y pueden hacer sus compras de manera tradicional porque el programa es un canal adicional de ventas es una opción adicional que el cliente tiene dentro de muchas otras opciones.

A su turno la señora **DANIELA CORREA DUQUE**, testigo almacenes éxito, manifestó que si es cierto la existencia de un contrato que se realizó entre el éxito y la demandada precisando que el contrato lo desarrollaron o se firmó el primero de julio del 2020 y que en ese momento fue que el área de abastecimiento entró a apoyar ese grupo de negociaciones de tecnología y fue con uno de los proveedores de la demandada con quién se firmó el contrato. Que para el año 2019 los servicios que prestó la demandada según quedó en el contrato fue desarrollo de software DevOps, desarrollo de soluciones calidad de software, automatización de pruebas, acompañamiento tecnológico en los procesos de desarrollo de software, investigación de desarrollos y nuevas tecnologías a través de metodologías ágiles, agregó que labor que se contrató con la demandada no era posible hacerla con los empleados de almacenes éxito porque ellos no tienen ese conocimiento en el equipo de tecnología es decir es un conocimiento muy específico que debe ser contratado con un proveedor especializado en el tema.

De lo visto con anterioridad se puede inferir con meridiania claridad qué el objeto social desarrollado por almacenes éxito S.A dista totalmente de las labores ejercidas por la sociedad demandada TECH AND SOLVE SAS pues es claro que el éxito o almacenes éxito dentro de sus funciones desarrolladas en el objeto social no tienen ningún momento las de realizar asesorías o consultorías en tecnología, desarrollo de software, aseguramiento de la calidad de software, gestión de proyectos tecnológicos, suministro venta y comercialización de licencia de software, entre otros, pues como ya se anotó el objeto principal de almacenes éxito es entre otros la adquisición procesamiento transformación y en general la distribución y venta bajo

porque el modalidad comercial incluyendo la financiación de la misma de toda clase de mercancías y productos nacionales y extranjeros.

Y si bien según lo manifestado por Boris Armando Ceballos y de Daniela Correa Luque se tiene que almacenes éxito sí existe una gerencia de tecnología y existe un departamento de soluciones informáticas bajo la supervisión de Boris Armando Ceballos,

Por lo anterior es posible concluir que las soluciones tecnológicas contratadas por la demandada TECH AND SOLVE SAS y almacenes éxito S.A concretamente en las que participó el demandante qué es el desarrollo del paga fácil o el check out, es importante para la organización para poder mejorar el servicio del cliente y para posibilitar el pago de los productos sin interacción del cajero como una herramienta adicional según lo descrito por los testigos, pero no porque ello constituya una labor esencial y fundamental del giro ordinario de los negocios del almacenes Éxito S.A o de su objeto social, pues en los términos descritos por el testigo, Boris Armando Ceballos, hay muchas compañías que no tienen ese programa y pueden hacer sus compras de manera tradicional porque el programa es un canal adicional de ventas, pues una cosa muy diferente es que dicho programa sea de utilidad para empresa contratante, y otra muy diferente es que la misma corresponda al giro ordinario de sus negocios.

En razón de lo expuesto concluye la Sala que al no haber conexidad o la afinidad del giro ordinario de los negocios entre la demandada TECH AND SOLVE SAS y almacenes éxito S.A no existe razón alguna para predicar una responsabilidad solidaria de esta última, debiendo de esta forma confirmarse la sentencia de primera instancia en este punto en particular.

Sin costas en esta instancia por la forma en que se resuelven los recursos.

En mérito de lo expuesto, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, EN SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta sentencia

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia

Las anteriores decisiones se notifican en EDICTO.

Los Magistrados.



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ**



**GUILLERMO CARDONA MARTINEZ**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**



**SECRETARÍA SALA LABORAL**  
**EDICTO VIRTUAL**

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE	: MAURICIO ANDRES PULGARIN ARAQUE
DEMANDADO :	: TECH AND SOLVE S.A.S ALMACENES ÉXITO S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-013-2020-00447-01
RADICADO INTERNO	: 108-22
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente  
**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN**

Fijado el 06 de julio de 2022 a las 8:00am

**CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN**

Se desfija el 06 de julio de 2022 a la 5:00pm

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**

SECRETARIO