



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado Ponente**

**TIPO DE PROCESO:** ORD. LABORAL – CONSULTA SENTENCIA  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-**2017-00351-01**  
**DEMANDANTE:** EVER ENRIQUE MARTÍNEZ MUÑOZ  
**DEMANDADO:** CONSTRUCTORA ARIGUANI S.A.S.  
**ASUNTO:** SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Valledupar, diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar-Cesar, el 14 de junio de 2018.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda para que se declare que existió una relación laboral derivada de contrato de trabajo a término fijo con Constructora Ariguaní S.A.S, a partir del 2 de abril de 2016 al 5 de octubre de 2016, la cual terminó sin justa causa y estado de incapacidad para laborar. En consecuencia, se declare la ineficacia del despido y se reinstale al cargo que desempeñaba u otro de superior jerarquía, más la indemnización por despido sin justa causa, la sanción de 180 días, salarios, los aportes al sistema de seguridad social integral, el auxilio de cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios y las vacaciones dejados de percibir desde el 5 de octubre de 2016 hasta la fecha de reintegro, más los perjuicios materiales y morales.

De manera “*alterna*”, pretende la indemnización por despido sin justa causa por prorrogarse el contrato a término fijo, la reliquidación de

salarios al desmejorarse de la suma de \$810.000 a \$760.000, pago de auxilio de alimentos de abril y mayo de 2016, la reliquidación de prestaciones sociales al no tener en cuenta el auxilio de alimentación como factor salarial. De manera subsidiaria, pretende el pago de costas y facultades ultra y extra petita

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 2 abril de 2016 suscribió contrato de trabajo a término fijo por tres meses, para ejercer labores como Operador de Equipo III - Tractor sobre oruga, en el cual se estableció que en caso de no manifestarse la voluntad de dar por terminado el vínculo con una anticipación de un mes, se prorrogaría hasta por 3 períodos iguales, término sobre el cual la demandada guardó silencio y no fue sino hasta el 5 de octubre de 2016 cuando dio por terminado el contrato.

Adujo que, el día 8 de agosto de 2016 mientras se encontraba operando una de las máquinas pesadas de la empresa, sufrió accidente de trabajo golpeándose en la cabeza que le afectó la columna, produciéndole esclerosis y deformidad en la carilla superior con patrón degenerativo precoz a nivel L4-L5 de la columna, por lo que recibió incapacidades del Hospital San Juan Bosco de Bosconia.

Aseguró que, para el 5 de octubre de 2016, se encontraba en proceso de recuperación médica, no obstante, le fue dado por terminado el contrato sin mediar recuperación médica y están vigente su prorroga hasta el día 2 de enero de 2017. Precisó que, en mayo de 2016, su empleador le mejoró el salario básico mensual de \$760.000 a \$810.000 y los meses subsiguientes de \$810.000 a \$760.000, así mismo, no le fue cancelado auxilio de alimentación en los meses de abril, mayo y demás que logren probarse.

Manifestó que la demandada liquidó los valores correspondientes a prestaciones sociales sin tener en cuenta el pago de auxilio de alimentación como factor salarial, de conformidad con el artículo 127 del código Sustantivo del Trabajo. Finalmente, enunció que, pese a que la

demandada se encontraba obligada a cancelar los aportes a salud, pensión y riesgos laborales, este se los deduce del salario mensual generándose una diferencia salarial.

Al dar respuesta, la demandada **Constructora Ariguani S.A.S** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación del demandante a la empresa, el cargo, la suscripción de un contrato de trabajo el 2 de abril de 2016 con una duración de 90 días, admite el contenido de la cláusula séptima referente a la prórroga. También la ocurrencia y fecha del accidente de trabajo, así como la liquidación de las prestaciones sociales sin tener en cuenta el auxilio de alimentación al no ser factor salarial. Los demás adujo no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de falta de nexo causal entre la terminación del contrato y el estado de incapacidad del trabajador, justa causa objetiva, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo debido, buena fe, inaplicabilidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997- improcedencia del reintegro por no contar el demandante con el fuero de la estabilidad ocupacional reforzada y auxilio de alimentación no constituye factor salarial.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar-Cesar, el 14 de junio de 2018, resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de 2 contratos de trabajo entre el demandante *EVER ENRIQUE MARTINEZ MUÑOZ*, como trabajador y *CONSTRUCTORA ARIGUANI S.A.S.*, como empleadora, el primero de ellos a término fijo en el periodo comprendido entre el 2 de abril de 2016, al 28 de septiembre de la misma anualidad y el segundo en la modalidad de obra o labor determinada a partir del 29 de septiembre hasta el 5 de octubre de la misma anualidad, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones perentorias de "falta de nexo causal entre la terminación del contrato y el estado de incapacidad del trabajador", "inexistencia de las obligaciones" y "cobro de lo no debido", opuestas por la demandada en su defensa y se abstendrá de pronunciarse por obvias razones de las restantes excepciones.

**TERCERO: ABSOLVER** a la demandada *CONSTRUCTORA ARIGUANI S.A.S.*, de todas las pretensiones de la demanda presentada por *EVER*

*ENRIQUE MARTINEZ MUÑOZ, por las razones expuestas en la parte motiva, salvo la declarativa de existencia de contrato de trabajo.*

**CUARTO:** *Se condena en costas a la parte demandante para tales efectos se señala agencias en derecho en la suma de \$781.242.*

**QUINTO:** *Por ser adversa esta sentencia a todas las pretensiones de la demanda, en caso de no ser apelada, envíense en consulta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil - Familia - Laboral. (...)*”

Como sustento de su decisión, señaló que entre las partes no se discutió la existencia de un vínculo contractual, ya que dicha circunstancia fue aceptada por la empresa en la contestación de demanda.

Así mismo, mencionó que entre las partes se suscribieron dos contratos, el primero a término fijo a partir del 2 de abril de 2016 hasta el 28 de septiembre de 2016 y el segundo por obra o labor del 29 de septiembre de 2016 al 5 de octubre de 2016, por lo que resaltó que la demandada dio aviso de terminación del primer contrato el 26 de abril de 2016 y del segundo el 22 de julio de 2016 en el período de prueba; esto es, lo hizo de conformidad con el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que se aportara prueba que lo desvirtúe, por ello, la indemnización prevista en el artículo 64 no está llamada a prosperar.

Por otro lado, manifestó que, no hay lugar ordenar el pago de aportes al sistema de seguridad social integral por cuanto se demostró que en los últimos tres meses hubo respectivo pago. En cuanto a la solicitud de reintegro laboral, concluyó que el demandante no aportó prueba del porcentaje de la discapacidad alegada, ni mucho menos de incapacidad médica a la finalización del contrato de trabajo, por lo que no se accede a la sanción de 180 días de salario.

En lo referente al ajuste de salarios, arguyó que, verificados los comprobantes de nómina aportados, el demandado pagaba un día adicional en los meses con 31 días, como fue corroborado con el testigo Alfonso Diaz, contador de la empresa, sin que ello implique una mejora

salarial, dado que el sistema de la empresa manejaba una contabilidad comercial y no comercial.

En ese mismo horizonte, argumentó que no accedería a la devolución de aportes al sistema de seguridad social integral, pues aquellos se realizaron conforme lo prevé el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 que modificó el artículo 204 de la Ley 100 y Ley 797 de 2003 respectivamente.

Finalmente, señaló que la obligación de pagar el auxilio de alimento surgió con ocasión al contrato de fecha 1º de junio de 2016, por lo que no hay lugar a su reconocimiento para el mes de abril de 2016, ni tampoco hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales, como quiera que, no es factor salarial en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, pues así los establecieron las partes.

### **III. DE LA CONSULTA**

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa al demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

### **IV. CONSIDERACIONES**

En este caso corresponde a la Sala determinar: **1)** los extremos laborales, el salario devengado, la procedencia del reajuste salarial por desmejora salarial y por deducción de aportes a seguridad social, así mismo, si el auxilio de alimentación es factor salarial y como consecuencia debe reliquidarse las prestaciones sociales; **2)** el pago de auxilio de alimentación de abril y mayo de 2016; **3)** el fuero por estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, con el consecuente reintegro y pago

de las demás acreencias laborales; **4)** así como los perjuicios materiales y morales y la **5)** procedencia de la indemnización por despido injusto.

En el presente asunto, no es objeto de discusión por plena aceptación en la contestación de la demanda: **i)** la prestación personal del servicio desde el 2 de abril de 2016 al 5 de octubre de 2016; **ii)** la existencia de un contrato de trabajo suscrito el 2 de abril de 2016 y **iii)** la ocurrencia y fecha de accidente de trabajo.

### **1. De la unidad del vínculo laboral pretendido.**

Con fundamento en el artículo 53 constitucional que consagra el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral, la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que ante la suscripción de varios contratos de trabajo durante un mismo vínculo, el Juez debe verificar con cautela los reales extremos de la relación laboral, con el fin de identificar si los contratos tuvieron causa o justificación, si medió o no solución de continuidad en la prestación del servicio y, si las funciones y condiciones laborales continuaron o no siendo las mismas. Ello, con el fin de dilucidar si la celebración de los contratos ha tenido o no el objetivo de restarle la antigüedad al servicio prestado por el trabajador, para favorecer al empleador en la liquidación las prestaciones sociales o al momento de ejercer su facultad de finalizar de forma unilateral el contrato (CSJ SL806-2013, SL15986-2014; SL814-2018; SL559-2019, SL574-2021).

También tiene establecido el máximo órgano de cierre indicó que es válido suscribir contratos de trabajo de forma sucesiva, por cuanto las partes tienen libertad de elección de la modalidad de duración del contrato con que desean regular su vínculo, más aún, si con ello se aseguran los ingresos del trabajador. Sin embargo, dicha libertad no puede ser usada como mecanismo para vulnerar derechos laborales como no conceder el tiempo de descanso o reducir la indemnización por despido (CSJ SL485-2016). En igual sentido, tiene dicho que las breves interrupciones entre uno y otro contrato, inferiores a un mes, no tienen la suficiente

envergadura para desvirtuar una unidad contractual, mientras que suspensiones superiores a un mes evidencian la falta de intención entre las partes de dar continuidad a la relación de servicio personal subordinado (CSJ SL559-2019 y SL3616-2020).

## **2. Acerca del salario y reliquidación de acreencias laborales.**

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

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

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

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

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva laboral señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

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

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

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

*Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo*

*del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.*

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

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

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

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

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

*Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial*

*podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.*

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

En síntesis, conforme a la línea jurisprudencial sentada por el máximo Órgano de cierre de la jurisdicción laboral, a efectos de verificar la naturaleza salarial de los pagos efectuados por el empleador al trabajador, es necesario tener en cuenta que: **1).** En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C. Pol), lo que recibe el empleado como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes. **2).** El criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino. **3).** Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo. **4).** Por cuenta de la parte final del art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio, en tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es. (CSJ SL986-2021).

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

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la *discapacidad* es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, concibe la discapacidad como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

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

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

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

*que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, lo ha interpretado bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al

15%. Sin embargo, ha referido que en aquellos eventos en los que no exista una evaluación de carácter técnico científico que valore el estado real del trabajador y su afectación, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, el juez del trabajo puede inferir la afectación o limitación del estado de salud del servidor, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, y precedido de elementos que constaten la necesidad del amparo, a partir de las pruebas que evidencien su *grave estado de salud*. (CSJ SL572-2021, reiterada en CSJ SL1251-2021 y CSJ SL1959-2021).

Paralelamente, ha sentado 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. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador 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 (sentencia CSJ SL 1360-2018 reiterada en SL3144-2021).

Sobre la postura de la H. Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la H. Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó:

*“IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus*

*fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.”*

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, es reiterado también en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

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

*cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...”*

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

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

#### **4. Del Caso Concreto.**

##### **4.1. Sobre el contrato de trabajo y los extremos laborales.**

En el presente asunto, se itera que no se discute la prestación personal del servicio del demandante desde el 2 de abril de 2016 al 5 de octubre de 2016, pero sí se controvierte la existencia de los dos contratos de trabajo con diferentes modalidades.

Al revisarse el plenario, se tiene que las partes el 2 de abril de 2016 suscribieron un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por 90 días para desempeñar el cargo de operador de equipo I (f.º 33 a 34). Seguidamente, el día 26 de abril de 2016, la demandada entregó al demandante preaviso, después el 12 de mayo de 2016 firmaron de mutuo acuerdo modificación a la denominación del cargo suscrito el 2 de abril de 2016 al de OPERADOR DE EQUIPO III. Luego, se suscribió otro sí el 17 de mayo de 2016 estableciendo las funciones y se adicionó el contrato de trabajo el día 1º de julio de 2016, a partir del 1º de julio de 2016 al 28 de septiembre de 2016, frente al cual se le notificó preaviso el 22 de julio de 2016, aduciendo la terminación de 28 de septiembre de 2016.

Posteriormente, el 29 de septiembre de 2016, las partes suscribieron contrato de trabajo de obra o labor determinada por porcentaje del 33% de avance de obra. En suma, la empresa le notificó la finalización del contrato el 5 de octubre de 2016.

Por otro lado, revisado el contenido de ambos contratos y el otro sí de fecha 12 de mayo de 2016, se advierte que, el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de operador de equipo III, en el mismo sector “*comprendido entre san roque yé de ciénaga y Valledupar Carmén de bolívar*”, con el mismo salario básico mensual de \$1.520.000.

Así mismo, analizadas las pruebas testimoniales de Manuel Hernando salas y Daniel Andrés Arbeláez, seleccionador de personal y jefe control y distribución de personal en campo en el área de producción, respectivamente, se demostró que las funciones **fueron idénticas en los dos contratos de trabajo.**

El señor Daniel Andrés Arbeláez, indicó que, al momento de la contratación, Ever se encontraba disponible y la empresa necesitaba un operador, por lo que fue enviado al tramo 6. En la primera prueba que se hizo, el señor Ever al operar la maquina dañó un terraplén, lo cual ocurrió en **muchos sitios** de trabajo, se enviaba y el demandante no daba punto con los trabajos, entonces hubo muchas ocasiones que los jefes ya empezaban a decir que no enviaran a Ever porque su trabajo no era bueno, no asistía a las charlas. Aunado a lo anterior, especificó que, fueron tres frentes de trabajo en los que estuvo.

Por su parte, Manuel Hernando Salas, manifestó que, el actor trabajó en varios frentes y le informaban que el accionante era irregular en el área de producción, en alguna ocasión, lo llevaron a un frente y generó un atraso. Que cuando se le informaba eso simplemente lo asignaban a otra persona a ver si rendía, que en total alcanzó a estar por tres sectores de producción, y en la última se le dieron algunas funciones muy básicas, que no comprometiera parte de la producción que ya se había hecho en campo.

Bajo ese contexto probatorio, esta Colegiatura estima que la intención de las partes fue de dar continuidad a la relación contractual, sin solución de continuidad, tanto que, las funciones encomendadas y el salario se mantuvieron desde 2 de abril de 2016 al 5 de octubre de 2016, pese a que se firmaran dos contratos de trabajo con diferente modalidad, los cuales fueron una mera forma, sin encontrarse conforme a la realidad.

Así las cosas, los elementos de convicción analizados permiten inferir que existió una relación laboral regida por un único contrato de trabajo desde 2 de abril de 2016 al 5 de octubre de 2016, lo cual así se declarará en esta sentencia.

## 4.2. Salario.

Conforme a lo anterior, esta Sala evidencia que el salario mensual pactado entre las partes demandante fue la suma de \$1.520.000, el cual será la base para determinar si hay lugar o no a los reajustes pretendidos.

### 4.2.1. Reajuste salario básico por desmejora salarial.

El accionante solicitó la reliquidación de salarios al habersele desmejorado el mismo en la primera quincena del mes de mayo de 2016 de \$810.000 y en la segunda de \$760.0000.

Analizados los comprobantes de nómina aportados por la demandada a folio 115 a 126, se puede extraer el valor quincenal y mensual recibido por concepto de salario básico así:

AÑO	MES	PAGO QUINCENAL DE SALARIO BASE	TOTAL MENSUAL
2016	Abril (Primera quincena)	\$709.333	
2016	Abril (Segunda quincena)	\$760.000	\$1.469.333
2016	Mayo (Primera quincena)	\$760.000	
2016	Mayo (Segunda quincena)	\$810.667	\$1.570.667
2016	Junio (Primera quincena)	\$760.000	
2016	Junio (segunda quincena)	\$760.000	\$1.520.000
2016	Julio (primera quincena)	\$658.667	
2016	Julio (segunda quincena)	\$810.667	\$1.469.334
2016	Agosto (primera quincena)	\$934.713	
2016	Agosto (segunda quincena)	\$810.667	\$1.745.380
2016	Septiembre (primera quincena)	\$760.000	
2016	Septiembre (Segunda quincena)	\$101.333	\$861.333
2016	Octubre (primera quincena)	\$253.333	\$253.333
		\$8.889.380	

Ahora, a efectos de verificar la existencia o no de una diferencia salarial, se tiene que el día de salario corresponde a la suma de \$50.667, que multiplicado por los días laborados 183, menos 2 días de licencia no remunerada y 3 de incapacidad pagados por la Administradora de Riesgos Laborales, son 178, por lo que el valor total del salario devengado del 2 de abril de 2016 al 5 de octubre de 2016 debió ser de \$9.018.667.

Así pues, existe una diferencia de salario básico por la suma de \$129.287, por lo cual se condenará a la demandada a este rubro.

#### **4.2.2. Del factor salarial del auxilio de alimentación y su falta de pago.**

Alude la promotora del juicio que recibió auxilio de alimentación de manera incompleta y sin que dicha suma fuera tenida en cuenta en la liquidación de prestaciones sociales, razón por la que se hace necesario determinar si hay una diferencia y si es o no factor salarial conforme lo dispone el artículo 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Obra en el plenario otro sí al contrato del 2 de abril de 2016, en el que dispuso como objeto el siguiente:

*“(...) OBJETO DEL OTRO SI: En virtud del presente acuerdo, el empleador de manera voluntaria y por mera liberalidad, ofrece al TRABAJADOR: UN AUXILIO DE ALIMENTACIÓN MENSUAL NO SALARIAL, por valor de CIENTO VEINTE MIL PESOS MCTE. (\$120.000). Tal concepto no constituye factores salariales para efecto de liquidación de prestaciones sociales, ni para el pago de aportes parafiscales, ni para seguridad social.*

*El reconocimiento de esta auxilio extralegal (Auxilio de alimentación mensual no salarial) se entrega y es aceptado y comprendido por el trabajador atendiendo **que el pago se efectuará de manera proporcional a los días efectivamente laborados**, quedando excluido los días de vacaciones, compensatorio, días no remunerados por ausencias injustificadas, permisos y días de permiso y días de incapacidad médica temporal o incapacidad parcial definitiva.*

*PARAGRAFO PRIMERO: Las partes acuerdan que el auxilio aquí entregado por mera liberalidad del EMPLEADOR, en el eventual caso y cualquier momento que el empleador adquiriera la capacidad ocupacional y de infraestructura para brindar estos auxilios, serán entregados directamente a discreción de la empresa en especie al trabajador, terminado el reconocimiento de los auxilios en dinero. (...)” (Negrilla y subraya fuera de texto)*

Así mismo, en el contrato de trabajo de obra o labor suscrito el 29 de septiembre de 2016, se pactó:

*“(...) Noveno: El empleador acuerda con el trabajador el reconocimiento por mera liberalidad y la aceptación por parte del trabajador de un auxilio extralegal que en los términos del artículo 128 del Código*

*Sustantivo de Trabajo pactan no ser este constitutivo de salario en dinero o en especie; El auxilio es por el concepto de alimentación, la suma mensual de CIENTO VEINTE MIL PESOS MCTE (\$120.000), tal auxilio se reitera por EL EMPLEADOR y EL TRABAJADOR no constituyen factor salarial ni base de liquidación para efectos prestacionales parafiscales, y de seguridad social. PARAGRAFO PRIMERO: Las partes acuerdan que el auxilio aquí entregado por mera liberalidad del EMPLEADOR de ALIMENTACION, en el eventual caso y en cualquier momento que el EMPLEADOR adquiera la capacidad operacional y de infraestructura para brindar este auxilio, será entregado directamente a discreción de la empresa en especie al trabajador, terminando el reconocimiento de los auxilios en dinero. PARAGRAFO SEGUNDO: Las partes acuerdan que EL EMPLEADOR podrá Modificar o retirar parcial o totalmente en forma unilateral en cualquier momento el auxilio extralegal de ALIMENTACION, sin que ello implique desmejoramiento en sus condiciones laborales (...)*

Por otro lado, se observa que la demandada aportó comprobantes de nómina en los que se registra el monto quincenal por concepto de “AUXILIO DE ALIMENTACIÓN NO SALARIAL”, así:

AÑO	MES	MONTO PAGO QUINCENAL AUXILIO ALIMENTACIÓN	FOLIO
2016	Junio (primera quincena)	\$60.000	119
2016	Junio (segunda quincena)	\$60.000	120
2016	Julio (primera quincena)	\$52.000	121
2016	Julio (segunda quincena)	\$64.000	122
2016	Agosto (primera quincena)	\$40.000	123
2016	Agosto (segunda quincena)	\$64.000	124
2016	Septiembre (primera quincena)	\$60.000	125
2016	Septiembre (Segunda quincena)	\$8.000	126
2016	Octubre (primera quincena)	\$20.000	127

	quincena)		
--	-----------	--	--

Según el reporte documental, se corrobora que, el auxilio de alimentación se pagó de manera completa en el mes de junio, sin embargo, en los restantes meses fue incompleto de la siguiente manera: Para julio la suma de \$116.000; agosto \$104.000; septiembre \$68.000 y octubre \$20.000, para un total de \$428.000.

Ahora, a efectos de verificar la existencia o no de una diferencia salarial, se concluye que el día de salario corresponde a la suma de \$20.000, que multiplicado por los días laborados, habiéndose restado los 5 días de incapacidad y 2 días de licencia no remunerada, son 176 días, por lo que el valor total del auxilio devengado del de abril de 2016 al 5 de octubre de 2016 debió ser de \$952.000.

Así pues, existe una diferencia de salario básico por la suma de \$524.000 por lo que se condenará la demandada a pagarlo.

De otro lado, de la anterior documental se evidencia que, dicho auxilio tenía como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante, dado que su pago dependía de la unidad de tiempo que dedicaba el trabajador en favor del demandado, tal como se estableció en la cláusula de exclusión salarial al señalar “**que el pago se efectuará de manera proporcional a los días efectivamente laborados**”

Sumado a ello, el empleador no demuestra que la entrega de dichos dineros obedezca a una finalidad distinta a la retribución de la prestación personal de los servicios, esto por cuanto en las cláusulas de exclusión no se describió una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ni tampoco lo hizo ninguno de los testigos que acudieron a rendir declaración.

En otros términos, no hay constancia que realmente lo reconocido por el empleador al trabajador en esos períodos, haya sido para que pudiera satisfacer la compra de su comida, pues lo único que está

probado, es que la empresa reconocía quincenalmente, a su arbitrio, una suma de dinero que ni siquiera era un total de \$120.000 en todos los meses y las sumas eran consignadas en la cuenta de ahorros del trabajador, sin condición alguna para que aquél pudiera disponer de esos recursos mientras duró el contrato de trabajo.

En ese orden de ideas, erró el juzgado al concluir simplemente que aquellas sumas de dinero no eran factor salarial en razón a que así lo pactaron las partes.

Por tal razón, se tendrán como salarios realmente devengados los siguientes:

MES	Salario Real
ABRIL	\$1.785.999
MAYO	\$1.887.334
JUNIO	\$2.092.500
JULIO	\$2.059.168
AGOSTO	\$2.218.714
SEPTIEMBRE	\$1.291.333
OCTUBRE	\$305.000

#### **4.2.3. Reajuste salario por descuentos al sistema general seguridad social en pensiones y salud.**

No hay lugar a reajustar el valor del salario con ocasión a los descuentos realizados por el empleador para los sistemas generales de salud y pensión, pues luego de realizarse el respectivo cálculo matemático con el ingreso base de cotización reportado, tal y como se evidencia de la planilla de autoliquidación que obra a folio 157, no hay ninguna diferencia salarial a favor del demandante.

AÑO	MES	SALARIO COMPROBANTES DE NÓMINA	SALUD 4%	APORTES SALUD DESCONTADO	DIFERENCIA	PENSIÓN 4%	APORTES PENSIÓN DESCONTADO	DIFERENCIA
2016	ABRIL	\$1.786.000	\$71.440	\$71.400	-\$40	\$71.440	\$71.400	-\$40
2016	MAYO	\$1.887.000	\$75.480	\$75.500	\$20	\$75.480	\$75.500	\$20
2016	JUNIO	\$1.852.000	\$74.080	\$74.100	\$20	\$74.080	\$74.100	\$20
2016	JULIO	\$1.950.000	\$78.000	\$73.100	-\$4.900	\$78.000	\$73.100	-\$4.900
2016	AGOSTO	\$1.999.000	\$79.960	\$80.000	\$40	\$79.960	\$80.000	\$40
2016	SEPTIEMBRE	\$1.941.000	\$77.640	\$42.000	-\$35.640	\$77.640	\$42.000	-\$35.640
2016	OCTUBRE	\$285.000	\$11.400	\$11.400	\$0	\$11.400	\$11.400	\$0
			\$468.000	\$427.500	-\$40.500	\$468.000	\$427.500	-\$40.500

Así pues, se confirma la absolución por dicho concepto.

### 4.3. Reliquidaciones.

#### 4.3.1. Reliquidación prestaciones sociales.

No se ordenará la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, dado que no hay ninguna diferencia a favor del actor, para lo cual se tuvo en cuenta el promedio salarial y las sumas pagadas, las cuales se observan en la liquidación final de ambos contratos de trabajo (f.º 127 y 144), así:

Fecha Inicial	Fecha Final	Días lab	Salario Real	Salario Promedio	Cesantías	Cesantías Pagadas	Int. Cesantía	Intereses Cesantías Pagadas
2/04/16	30/04/16	28	\$1.785.999	\$ 1.662.864	\$ 129.334		\$ 1.207	
1/05/16	31/05/16	30	\$1.887.334	\$ 1.662.864	\$ 138.572		\$ 1.386	
1/06/16	30/06/16	30	\$2.092.500	\$ 1.662.864	\$ 138.572		\$ 1.386	
1/07/16	31/07/16	30	\$2.059.168	\$ 1.662.864	\$ 138.572		\$ 1.386	
1/08/16	31/08/16	30	\$2.218.714	\$ 1.662.864	\$ 138.572		\$ 1.386	
1/09/16	30/09/16	30	\$1.291.333	\$ 1.662.864	\$ 138.572		\$ 1.386	
1/10/16	5/10/16	5	\$305.000	\$ 1.662.864	\$ 23.095		\$ 38	
TOTALES			\$1.662.864		\$ 845.289	\$ 945.575	\$ 8.174	\$ 53.988

#### - Primas de Servicio

Fecha Inicial	Fecha Final	Días lab	Salario Real	Salario Promedio	Prima de S	Prima de S Pagada
2/04/16	30/04/16	28	\$1.785.999	\$1.921.944	\$ 74.742	
1/05/16	31/05/16	30	\$1.887.334	\$1.921.944	\$ 80.081	
1/06/16	30/06/16	30	\$2.092.500	\$1.921.944	\$ 80.081	
1/07/16	31/07/16	30	\$2.059.168	\$ 1.468.554	\$ 61.190	
1/08/16	31/08/16	30	\$2.218.714	\$ 1.468.554	\$ 61.190	
1/09/16	30/09/16	30	\$1.291.333	\$ 1.468.554	\$ 61.190	
1/10/16	5/10/16	5	\$305.000	\$ 1.468.554	\$ 10.198	
TOTALES		183	\$1.662.864		\$ 428.672	\$ 477.037

#### - Vacaciones.

Fecha Inicial	Fecha Final	Días lab	Salario Real	Salario Promedio	Vacaciones	Vacaciones Pagadas
2/04/16	30/04/16	28	\$1.785.999	\$ 1.662.864	\$ 69.456	\$ -
1/05/16	31/05/16	30	\$1.887.334	\$ 1.662.864	\$ 78.639	\$ -
1/06/16	30/06/16	30	\$2.092.500	\$ 1.662.864	\$ 87.188	\$ -
1/07/16	31/07/16	30	\$2.059.168	\$ 1.662.864	\$ 85.799	\$ -
1/08/16	31/08/16	30	\$2.218.714	\$ 1.662.864	\$ 92.446	\$ -
1/09/16	30/09/16	30	\$1.291.333	\$ 1.662.864	\$ 53.806	\$ -
1/10/16	5/10/16	5	\$305.000	\$ 1.662.864	\$ 2.118	\$ -
TOTALES		183	\$1.662.864		\$ 469.451	\$ 473.095

#### **4.3.2. Reliquidación aportes al sistema general seguridad social en pensiones y salud.**

Se condenará al pago completo de los aportes salud y pensión, sobre aquella parte del salario respecto de la cual el empleador no efectuó cotizaciones durante la relación laboral, lo que es procedente conforme al artículo 18 de la Ley 100 de 1993, que estipula que la base para calcularlas será el salario mensual. Para tal fin, el demandante deberá aportar copia de esta sentencia al Entidad Promotora de Salud - EPS y Fondo Administrador de Pensiones – AFP, respectiva, para que realicen el respectivo cálculo y el demandado proceda a su solvencia ante estas instituciones de la seguridad social.

El salario a tener en cuenta será el siguiente:

MES	Salario Real
ABRIL	\$1.785.999
MAYO	\$1.887.334
JUNIO	\$2.092.500
JULIO	\$2.059.168
AGOSTO	\$2.218.714
SEPTIEMBRE	\$1.291.333
OCTUBRE	\$305.000
TOTAL	\$11.640.048

#### **4.4. Estabilidad laboral reforzada.**

Al amparo de lo pretendido, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario. A folio 17 y 18, milita historia clínica expedidas por el HOSPITAL SAN JUAN BOSCO, en donde se observan los siguientes motivos de consulta:

*Epicrisis de fecha 14 de julio de 2016*

*Motivo de consulta: Duele la pierna*

*Enfermedad actual: Paciente que ingresa por presentar un cuadro clínico de 2 días de evolución caracterizado por contusión, limitación de miembro inferior derecho, secundario trauma contundente (Máquina pesada) motivo por el cual consulta.*

*Epicrisis de fecha 8 de agosto de 2016*

*Motivo de consulta: Traumatismo superficial de la cabeza. Ingreso urgencias- Aseguradora Sura.*

*Paciente quien sufre accidente laboral que ocasiona trauma en cráneo leve, acompañado de cefalea y malestar general, acompañado por nauseas, motivo por el cual consulta.*

*Ingresa paciente a la sala de procedimiento por sus propios medios consultando por un golpe que se dio en la cabeza trabajando. Es valorado por el médico que realiza venopunción en MSD Yelcón #18 se aplica tratamiento en líquidos bien tolerado más tratamiento se traslada a sala de observación se entrega el auxilio de turno pnv médica.*

De igual manera, se advierte que, la testigo Francis Lorena Montealegre Flórez, jefe de seguridad y salud en el trabajo adujo que, conoció al demandante, quien sufrió un accidente de trabajo, sobre el cual se tomaron todas las versiones, se hizo la investigación y analizó la causa, el cual arrojó la no utilización cinturón de seguridad, pese a que ello es una de las políticas internas en el plan de gestión de seguridad y salud en el trabajo. Adujo que después de los hechos, estuvo incapacitado por 5 días, desde el 8 al 12 de agosto de 2016, sin que volviera a consultar a la ARL, porque no tuvo recomendaciones ni restricciones, pues incluso, la misma ARL con base en varias reuniones de seguimiento y mesas laborales, hace cierre administrativo del evento. Por otro lado, reiteró que, no tuvo secuelas, lo cual fue certificado por la IPS que hizo examen de egreso.

Además, el testigo Juan Manuel Correa Flórez, en calidad de asesor externo de seguridad social, manifestó que, para la fecha de su desvinculación el 5 de octubre de 2016, el demandante no informó que tuviera ninguna patología y de otro lado, la empresa verificó que no estuviera incapacitado ni tampoco con recomendación o restricciones médicas que impidiera su trabajo de manera normal e incluso el 3 de abril de 2017, la ARL dio cierre administrativo.

Incluso, el demandante confesó en interrogatorio de parte que no tenía ningún tratamiento ni restricciones médicas para el 5 de octubre de 2016.

Conforme al acervo probatorio, para la Sala no fue demostrado que para el momento de terminación del contrato de trabajo - 5 de octubre de 2016 - el accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultara realizar las funciones para las cuales fue contratado en condiciones regulares, máxime que no se constata alguna restricción o recomendación médica vigente para dicha data que, enseñara que el manejo del proceso de recuperación del trabajador implicaba ausentarse del lugar del trabajo para asistir a tratamientos o que le hubieran prescritas incapacidades.

Por tanto, será confirmada la decisión de instancia en este punto.

#### **4.5. De la indemnización por despido injustificado.**

En relación con este asunto la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (SL284-2018).

En el *sub examine*, el actor allega prueba del despido obrante a folio 44, lo cual fue corroborado en la contestación de demanda y por los testigos Francis Lorena Montealegre Flórez, Juan Manuel Correa Flórez y Daniel Andrés Arbeláez. Sin embargo, la demandada no comprueba una justa causa del finiquito laboral, al insistir en que la terminación ocurre debido al periodo de prueba del segundo de los supuestos contratos firmados.

Circunstancias que por demás no es exigente para el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, como se precisó anteriormente, aquí se declara la existencia de un solo vínculo laboral. También, porque no resulta razonable ese argumento, toda vez que al ser el periodo de prueba una *“etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del patrono, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo”* (art. 76 *ibidem*), resulta imposible que el empleador luego de haber

tenido la oportunidad de conocer la destreza del trabajador al inicio, posteriormente exteriorice esa facultad para dar por terminada la relación laboral.

Incluso, admitiéndose en gracia de discusión la existencia de dos contratos, existe una prohibición, como se colige de la lectura del tercer inciso del artículo 78 de la misma obra sustantiva laboral, al referir que *“Cuando entre un mismo empleador y trabajador se celebren contratos de trabajo sucesivos, no es válida la estipulación del período de prueba, salvo para el primer contrato”*.

Realizadas las ecuaciones matemáticas, la indemnización corresponde a la suma de \$1.662.864. Dado que el salario devengado fue variable, se toma el salario promedio de la proporción del último año laborado.

#### **4.6. Perjuicios materiales y morales.**

No hay lugar a los perjuicios morales ni materiales, pues no quedaron acreditados en el proceso.

#### **4.7. Indexación.**

Las sumas aquí ordenadas referentes a diferencia salarial, auxilio de alimentación y despido injusto, deberá ser debidamente indexada a la fecha del pago efectivo, al no serle extensivo a la parte actora la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia, estarán a cargo de la parte demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Liquidense concentradamente en el juzgado de origen.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA N°2 CIVIL-FAMILIA-LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar-Cesar, el 14 de junio de 2018, conforme a lo expuesto a la parte motiva del fallo.

**SEGUNDO: DECLARAR** la existencia de un solo contrato de trabajo entre el señor Ever Enrique Martínez Muñoz y la Constructora Ariguaní S.A.S desde el 2 de abril de 2016 al 5 de octubre de 2016.

**TERCERO: DECLARAR** que el auxilio de alimentación tiene carácter salarial, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

**CUARTO: CONDENAR** a la **Constructora Ariguaní S.A.S** a pagarle debidamente indexados a Ever Enrique Martínez Muñoz, los siguientes conceptos:

- A. Por Salarios: \$129.287.
- B. Auxilio de alimentación salarial: \$524.000.
- C. Despido injusto: \$1.662.864.

**QUINTO: CONDENAR** a **Constructora Ariguaní S.A.S**, a realizar los aportes completos en salud y pensión, sobre aquella parte del salario respecto de la cual el empleador no efectuó cotizaciones durante la relación laboral. Para tal fin, el demandante deberá aportar copia de esta sentencia al Entidad Promotora de Salud - EPS y Fondo Administrador de Pensiones – AFP, respectiva, para que estas realicen el respetivo cálculo y

el demandado proceda a su solvencia ante estas instituciones de la seguridad social, conforme a los siguientes salarios:

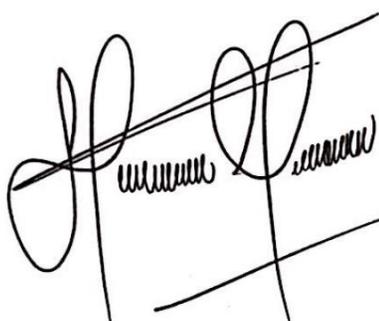
MES	Salario Real
ABRIL	\$1.785.999
MAYO	\$1.887.334
JUNIO	\$2.092.500
JULIO	\$2.059.168
AGOSTO	\$2.218.714
SEPTIEMBRE	\$1.291.333
OCTUBRE	\$305.000
TOTAL	\$11.640.048

**SEXTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, y no probadas las restantes, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SÉPTIMO: ABSOLVER** a la **Constructora Ariguani S.A.S**, de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**OCTAVO: SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia, estarán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Liquidense concentradamente en el juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



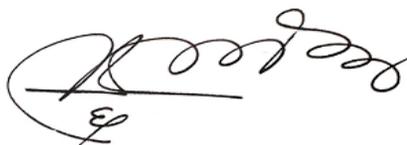
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line on the left, a horizontal line crossing it, and a large, sweeping flourish on the right.

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH**

Magistrado

A cursive handwritten signature in black ink, starting with a large 'J' and ending with a small flourish.

**JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ**

Magistrado