

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	FERNANDO ARCESIO URREA CALDAS
DEMANDADOS	SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO S.A. – SALUD TOTAL EPS S.A. -
RADICACIÓN	76001310501220150022502
TEMA	RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES
DECISIÓN	SE REVOCA LA SENTENCIA ABSOLUTORIA CONSULTADA

AUDIENCIA PÚBLICA No. 269

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la sala de decisión laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá la consulta a favor del demandante de la sentencia No. 20 del 15 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

RECONOCER PERSONERÍA a Diego Alexander Gaitán Contreras, como apoderado judicial de SALUD TOTAL, de conformidad al certificado de existencia y representación legal allegado.

SENTENCIA No. 202

I. ANTECEDENTES

FERNANDO ARCESIO URREA CALDAS demanda a **SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO S.A., SALUD TOTAL EPS S.A.** – en adelante, **SALUD TOTAL** -, con el fin de que se declare que entre el demandante y la demandada existió una relación laboral a término indefinido que se terminó por justa causa imputable a la empleadora; que se condene a la indemnización por despido indirecto debidamente indexada; que abusando de su condición dominante la empleadora le obligó a suscribir al demandante un pacto de no constitución de factor salarial *sobre una porción importante de su salario*; que se condene al reajuste del auxilio de cesantía, intereses a la cesantía, prima y vacaciones, con fundamento en la totalidad del salario, desde el 1º de abril de 2003 hasta el 15 de mayo de 2014; que se condene al pago de la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y a la indemnización del artículo 65 del C.S.T..

El médico **FERNANDO ARCESIO URREA CALDAS** manifiesta que ingresó a trabajar en **SALUD TOTAL** el 1º de abril de 2003, en el cargo de médico ortopedista y traumatólogo, con un contrato a término indefinido; que a partir del 1º de enero de 2014 la demandada sin explicación empezó a disminuirle la agenda de los pacientes que atendía por ortopedia y traumatología; que el 27 de febrero y el 17 de marzo de 2014 envió comunicaciones escritas a **SALUD TOTAL** a fin de que le informaran porqué su agenda mensual de consulta externa que le correspondía atender como médico ortopedista se encontraba sin programación; que siguió trabajando en la UME de **SALUD TOTAL** pero no atendía pacientes porque no le programaban citas; que mediante comunicación escrita el 15 de mayo de 2014 se vio obligado a presentar su carta de renuncia; que la demandada le obligó a suscribir un pacto de no constitución de factor

salarial sobre una porción importante de su salario, que dentro de la empresa se denominaba “*REGLAMENTO PLAN DE BENEFICIOS DE LOS EMPLEADOS DE SALUD TOTAL*”; que la remuneración se dividía en un salario básico y en éste paquete de supuestos beneficios que no contaban para efecto prestacional; que realmente devengaba un salario de \$4.848.725,00 pero la empresa lo fraccionaba en un básico de 2.909.235,00 y \$1.939.490,00 que aparecían como remuneración a título de beneficios, pero que en realidad eran salario y representaban casi el 70% de su ingreso por sus servicios laborales; que el plan de beneficios era el siguiente: “*a) beneficio educativo (Fundación Hispanoamericano Cali); b) bono de alimentación; c) bono combustible; d) beneficio seguro de vida; e) beneficio seguro de incapacidad; f) beneficio voluntario empresa; g) beneficio de aporte voluntario convenio; h) beneficio aporte voluntario empresa semestral y beneficio aporte mensual VOL empresa PEN (OBL)*”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR SALUD TOTAL

SALUD TOTAL se opuso a las pretensiones de la demanda; admitió que el demandante ingresó a trabajar en la entidad demandada el 1º de abril de 2003, en el cargo de médico ortopedista y traumatólogo, con un contrato a término indefinido. A los demás hechos señala que no son ciertos por cuanto las sumas de dinero que se pagaron a título de plan de beneficios nunca fueron salario por no ser contraprestación directa del servicio; narró que había beneficios que eran pagados al trabajador desde el nacimiento de la relación laboral; pero no eran consecuencia de la prestación directa del servicio sino de una dadiva del empleador.

En su defensa expuso que el **Concepto 81** denominado aporte voluntario empresa semestral y que fue pagado al demandante en una doceava parte de lo correspondiente al concepto 82, se consignó de manera mensual a la cuenta de Pensiones Voluntarias Protección S.A., y el retiro era habilitado de manera semestral, suma que además de ser proporcional al valor

pagado se entregó con los rendimientos financieros al haberse pagado mediante la mentada entidad financiera.

Dijo que el **Concepto 82** denominado aporte voluntario convenio (Fondo de Pensiones Voluntarias Protección) al tenor de la literalidad de los otros sí del contrato de trabajo que se pactó con el trabajador *“es la suma que considera el factor de beneficios y sobre éste, las demás sumas de dinero que el empleador dio a título de dádiva, sirve para liquidar los demás aportes para beneficio”*.

Y, que el **Concepto 91** denominado aporte voluntario empresa (Fondo de Pensiones Voluntarias Protección) y que fue pagado al demandante de manera mensual en la cuenta de Pensiones Voluntarias de Protección S.A.; *“pero cuyo retiro era habilitado al finalizar la relación laboral o cuando fueren habilitados por el empleador para compra de vivienda, **suma que además de ser proporcional al ciento (100%) de lo que la (sic) demandante recibió por concepto de beneficios por valor de un mes; también se pagaron con el cálculo proporcional al doce por ciento (0.12%) y al retirarlas por parte de la trabajadora (sic) al fondo de cesantías se reconocieron por parte de éste con los rendimientos financieros”***.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juzgadora de instancia absolvió a la demandada de la indemnización por despido imputable al empleador; adujo que el demandante no probó la causal invocada en la comunicación remitida a Salud Total EPS el 15 de mayo de 2014, vista a folios 18 y 19 del expediente, en la que señaló que daba por terminado el contrato de trabajo porque la empresa desde el 31 de marzo de 2014 sin justa causa dejó de programarle pacientes.

Con relación a la reliquidación del auxilio de cesantía, intereses a la cesantía, prima y vacaciones desde el 1º de abril de 2013 hasta el 15 de mayo de 2014, teniendo en cuenta la totalidad del salario dijo que no se demostró por parte del trabajador que los beneficios extralegales hubieran sido remuneración directa de la prestación del servicio; que ellos se pagaban en incapacidades, en vacaciones, en licencias, esto es, cuando el trabajador no estaba prestando el servicio; que ellos no se pagaban directamente al trabajador sino a terceros; que no entraron a su patrimonio pues correspondían a bonos de alimentación, educación o aportes voluntarios a pensión; y fueron objeto de exclusión salarial por voluntad de las partes cumpliendo con lo señalado en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La sentencia se conoce en consulta a favor del demandante por haber sido totalmente adversa a sus pretensiones.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE SALUD TOTAL

El apoderado judicial de SALUD TOTAL presentó escrito de alegatos y solicitó que se confirme la sentencia de instancia que absolvió a su representada.

Frente al despido indirecto del trabajador, considera que el análisis efectuado por la Jueza es acertado, puesto que el demandante presentó terminación del contrato de trabajo con justa causa atribuible al empleador, situación por la cual la carga de la prueba que le correspondía era la de

demostrar el incumplimiento en las obligaciones contenidas en la ley, reglamento o convención en cabeza de su prohijada; no obstante, en el expediente no obra prueba que demuestre tal incumplimiento.

Respecto a la solicitud de reliquidación de prestaciones señaló que la Jueza realizó un acertado análisis de las pruebas que le dejaron entrever a todas luces que los beneficios otorgados al trabajador no constituyeron salario de acuerdo a los artículos 127 y 128 del C.S.T.; que se encontró acreditado por la parte demandada a través de los diversos medios de prueba que los beneficios no fueron una retribución directa de las labores del demandante, sino una dádiva gratuita ofrecida por la empresa en los cuales a través del acuerdo de voluntades se decidió no darles incidencia laboral.

Lo anterior fue acreditado con el testimonio rendido por el señor HENRY LADINO DIAZ, quien explicó en su declaración que estos conceptos no dependían de la labor del demandante, pues incluso se pagaban en momentos de interrupción del servicio. Así mismo ilustró que los pagos de estos beneficios no tenían destinatario directo al trabajador sino a los proveedores de los servicios como lo fueron las instituciones educativas de su hijo menor, todo lo cual demuestra que se realizó bajo la propia solicitud del demandante de acuerdo a sus necesidades.

Consideró que es relevante lo establecido por la jueza en cuanto encontró acreditado que los rubros cubrían gastos y no remuneraciones, situación que coincide con la filosofía del Plan de Beneficios que se puede leer en los otrosíes en cuanto tienen como objeto no establecer una retribución directa de las labores sino un pago adicional con destinación a determinados servicios para el mejoramiento del plan financiero, personal y familiar de los beneficios conforme se establece en el parágrafo 2 de la cláusula segunda de dichos acuerdos de voluntades.

Adujo que, el demandante bajo su propia voluntad y de acuerdo a sus necesidades solicitó a lo largo de la relación laboral beneficios, tales como, VALES DE MERCADO, MATRICULAS Y PENSIONES DIRECTAMENTE CON LA FUNDACION HISPANOAMERICANA DE SANTIAGO DE CALI, (BENEFICIO EDUCACIÓN) Y APORTES VOLUNTARIOS A PENSIONES; sin que en el expediente se demuestre que ello fue una imposición del empleador como se intentó fundamentar en los hechos de la demanda.

Que del análisis en conjunto de las pruebas allegadas, aunada a la presunción ficta del demandante frente a los hechos que sustentaron las excepciones de la demanda, considera que tal como acertadamente lo indicó la jueza se desvirtuó el carácter salarial de los beneficios pactados con el demandante, fundamento por el cual solicita que se confirme la sentencia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

Los problemas jurídicos a resolver por la Sala son los siguientes: ¿Si al demandante se le debe reliquidar el auxilio de cesantía, los intereses a la cesantía, la prima legal de servicios y las vacaciones, desde el 1º de abril de 2003 hasta el 15 de mayo de 2014, teniendo en cuenta el valor devengado como salario básico más los valores por concepto del plan de beneficios suscrito entre las partes? Según el apoderado del actor la empresa fraccionaba el salario en un básico de \$2.909.235,00 y \$1.939.490,00 que aparecía como remuneración a título de beneficios. Asegura que en realidad el plan de beneficios era salario y representa casi el 70% de su ingreso por sus servicios laborales. De ser afirmativo el anterior interrogante, se resolverá ¿si debe condenarse a la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y a la indemnización

moratoria del artículo 65 del C.S.T.?; por último, ¿si debe condenarse a la indemnización por despido indirecto?

TESIS A DEFENDER

La Sala parte que en el proceso de DIEGO FERNANDO GARCÍA contra SALUD TOTAL EPS, con características similares al que nos ocupa se condenó a esta demandada, no existiendo razones para modificar la posición de la Sala.

Partiendo de lo precedente, se defiende la tesis que el plan de beneficios que suscribió el demandante y la demandada mediante otrosíes a título de una supuesta “*dadiva*” – como lo dice SALUD TOTAL – sí era una contraprestación directa del servicio prestado; la aparente ventaja patrimonial se recibía como contraprestación o retribución del servicio, conforme lo establecen los artículos 127 y 128 del C.S. del T. y, en los términos dichos en los términos de las sentencias de la CSJ que se citarán más adelante. Además, los pagos eran habituales o periódicos; la destinación específica era de nombre, formal, de discurso más no real; razón por la cual debe prevalecer la realidad sobre las formas. Las partes no son enteramente libres de pactar cláusulas de exclusión salarial.

En otros términos, la empresa demandada desnaturalizó el concepto de salario, vulnerando el principio constitucional de la primacía de la realidad (art. 53 CP), la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el Convenio 95 de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad, razones por las cuales se declarará ineficaz los otrosíes, se reliquidaran las acreencias laborales y se condenará a las indemnizaciones moratorias solicitadas.

El fundamento de lo dicho son las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, SL5159-2018, radicado No. 68303, calendada el 14 de noviembre de 2018 y las SL444-2019, radicado No.

68005, del 20 de febrero de 2019 y SL5328-2019, radicación No. 68005, del 4 de diciembre de 2019, las dos últimas proferidas en proceso adelantado contra la aquí demandada SALUD TOTAL.

Así mismo se argumentará que no se configuró un despido sin justa causa, por lo tanto, no se genera una indemnización por despido injusto, tal como se pidió en la demanda.

DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LOS BENEFICIOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO

El régimen del salario, su concepto y sus elementos están 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. Ciertamente, el artículo 127 citado señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie como contrapartida del trabajo subordinado.

La Corte en la sentencia SL5159-2018 señaló que SALARIO

“es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido. 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”.

Así mismo, la Corte en la sentencia citada señaló unos criterios para delimitar el concepto de salario:

“(…) Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo. Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.”

Con relación a los denominados pactos no salariales el alto Tribunal de justicia señaló:

“(…) El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial,

«tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad». 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. Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron

objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018). (...).

Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida. (...)"

En la sentencia SL5328-2019, en proceso adelantado contra SALUD TOTAL, con similares características al que nos ocupa se concluyó lo siguiente por el alto Tribunal de justicia:

"(...) De la lectura del artículo 128 del estatuto laboral, que enuncia algunos ingresos no salariales, dado su carácter ocasional y la liberalidad con la que el empleador los entrega al trabajador, sin ambages se colige que las sumas recibidas por Miller Augusto García Puyo, representadas en bonos para combustible, alimentación, pagos a créditos de vivienda, «aporte voluntario empresa», solo para citar algunos, constituyen salario, pues se trató de desembolsos estables y permanentes al trabajador, directamente retributivos del servicio, condición que no varía por la denominación que se le dio, con la anuencia del trabajador de que se les denominara de esa forma. (...)"

EN EL CASO CONCRETO

Al encasillar lo dicho por la Ley y la jurisprudencia laboral al caso que nos ocupa, tenemos que el plan de beneficios firmado por el trabajador demandante como "otros sí", sí era salario; pues la posibilidad que la ley le otorga a las partes para celebrar este tipo de convenios no recae sobre los pagos retribuidos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido; sino en aquellas sumas que pese a no compensar directamente

el trabajo podrían llegar a ser consideradas salario. Es evidente que el plan de beneficios suministrado por la empresa era un pretexto para ocultar la retribución del salario; o disimular el incremento consagrado en el artículo décimo tercero del pacto colectivo suscrito entre las partes.

Veamos la prueba.

A folios 421 y vuelto, milita un *otrosí* del contrato de trabajo, calendado el 2 de febrero de 2009, en el que las partes señalan que por las difíciles circunstancias económicas del país y en especial las del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en aras de garantizar la sostenibilidad financiera de la EMPRESA el médico demandante renunció al incremento salarial consagrado en el artículo décimo tercero del pacto colectivo de trabajo y a cambio se le otorgó un incremento salarial vía beneficios:

“(…) PRIMERA: **El trabajador a partir de la firma del presente documento, renuncia expresamente al beneficio de incremento salarial consagrado en el artículo décimo tercero del pacto colectivo de trabajo suscrito entre las partes.**

SEGUNDA: El trabajador acepta para el año 2009, que la EMPRESA le otorgue, **un incremento salarial vía beneficios**, en un porcentaje equivalente a Cinco punto cuarenta y nueve (5.49), de su remuneración total, sujeto a las políticas del plan de remuneración con beneficios (...)

TERCERA: En adelante el porcentaje de incremento salarial será pactado de común acuerdo entre las partes y estará determinado por la naturaleza del cargo que ocupe el Trabajador, por las circunstancias económicas del sector (...)” (Negritas y subrayas fuera de texto)

En efecto, el aparte del documento transcrito desvirtúa la defensa de la demandada que, reiteradamente en el trascurso del proceso ha dicho que los beneficios no eran una contraprestación directa del servicio prestado por el demandante a la demandada sino una “*dádiva*” del empleador. Todo lo contrario, el Plan de Beneficios tenía como propósito ocultar el

incremento salarial; y su destinación específica no eran los vales de mercado, pagar el crédito del vehículo, o el crédito de vivienda, o el colegio del hijo, o hacer aportes al fondo voluntario de pensiones, o el arrendamiento, etc., tal como aparece en a folios 389 al 408 del expediente.

En el folio 417 del expediente obra un párrafo del “otro sí” calendado el 1° de abril de 2011 en el que se señala:

*“las partes acuerdan de manera expresa e irrevocable que la distribución del total de remuneración, en adelante será la correspondiente a la suma de **\$2.677.038**, constitutivo de salario y la suma de **\$1.784.692**, no constitutivo de salario, respetando con esto la distribución del 60/40 de ley y condiciones establecidas en el plan de remuneración por beneficios según los acuerdos de voluntades que para el efecto se mantienen vigentes”. En los mismos términos se establecieron los párrafos de los otrosíes del 1° de abril de 2012 y 1° de marzo de 2012, obrantes a folios 413 y 415.*

Decir esto tiene sus consecuencias mayores, ya que del conjunto de las pruebas que obran en el expediente se infiere lo que se ocultó con el Plan de Beneficios. Este no fue dado de antemano. No fue un trascendental. No fue un *factum*. Esos “otros sí” no tenían destinación específica sino esconder un incremento salarial vía beneficios, como se señaló por el demandante y la empresa en el otro sí visto a folios 421 y vuelto, al señalar que la empresa otorgará aumentos salariales vía beneficios.

Lo precedente se reitera con el testimonio de Henry Ladino Díaz, traído por la demandada, quien dijo haber sido el gerente de la empresa que manejaba los recursos humanos en SALUD TOTAL, y ser los encargados del reclutamiento, selección, liquidación de nómina, Sistema de Seguridad Social en el Trabajo, por el período 2007-2014. El testigo señaló que el demandante recibió su salario básico y unos beneficios durante toda la relación laboral, beneficios que utilizó para el pago de los estudios de su

hijo, pero también se podía escoger el pago de otra deuda, como hipoteca, pago de arriendo, es decir, los gastos que tenga el trabajador de manera fija, para lo cual tenía que firmar un otro sí al cambiar el beneficio.

Dijo que los beneficios incluían aportes a la seguridad social; puso como ejemplo que en el desprendible de pago estaba el pago del colegio del hijo y otros valores, como la doceava parte de la cuantía que se iba a una cuenta de aportes voluntarios en un fondo de pensiones, que equivale financieramente hablando a la prima que la podía retirar en junio y diciembre, la diferencia es que se consignaba mensual y se generan intereses. Que de otra cuenta se cogió la doceava parte del beneficio que sumaba el 12%, es el equivalente financieramente hablando a cesantía e intereses, valor que también se consignaba en otra cuenta y que podía retirar al momento de desvincularse de la empresa, para mejora o compra de vivienda o estudios, igual al esquema del retiro de la cesantía.

A manera de conclusión, las pruebas reseñadas muestran lo siguiente:

Uno. Que el esquema de beneficios de Salud Total EPS era demasiado amplio por cuanto el trabajador podía escoger los gastos que tenía de manera fija; por ejemplo, el pago del arriendo, la cuota del carro, la cuota del apartamento. Entonces esa retribución que en sí misma era la contraprestación directa del servicio que se disfrazaba con una supuesta escogencia del demandante, en la que él ya no pagaba lo que normalmente hacía cuando recibía el salario sino que ahora era la empresa la que lo hacía, esto no le resta incidencia salarial, 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).

Dos. Admitir este tipo de acuerdos es desnaturalizar el salario. Es tanto como permitir que el trabajador convenga con su empleador que cualquier

pago que tenga que hacer ya no lo haga él sino la empresa. Esto bastaría para que deje de ser salario. Esta no es la destinación específica a la que se refiere la jurisprudencia.

Tres. Parte de los dineros, en algunas ocasiones eran entregados al trabajador para que dispusiera de esos recursos, ora en junio ora en diciembre; y en otras ocasiones no se hacía directamente sino por interpuesta persona para satisfacer necesidades que usualmente se colman mediante el salario tales como vivienda, salud, educación, alimentación, recreación, entre otros. En este punto, tal como lo dijo la Corte en la sentencia SL5159-2018 no basta tomar un porcentaje de la totalidad de los ingresos y asignarle el nombre de beneficio, auxilio, ayuda, aporte, etc. para diluir su incidencia salarial. Pero tampoco podemos concebir la destinación mediante este tipo de convenios, pues cualquier pago de naturaleza salarial podría dejar de serlo por el sólo hecho de que el trabajador acuerde con el empleador que un pago que él hace con su salario lo haga el empleador, se reitera.

Cuatro. El aporte como voluntario a convenio (Fondo de Pensiones Voluntarias Protección) es universal y abstracto, no se desprende un plan consolidado de formación de una pensión voluntaria, sujeto a restricciones o condiciones de retiro razonable de los recursos, pues se le dio el mismo tratamiento de las causales para el retiro del auxilio de cesantía; así como a los intereses a la cesantía o a la prima legal de servicios, tal y como lo señaló el testigo.

Quinto. El referido testigo reiteró que había otros valores que se le consignaban al demandante; puso como ejemplo la consignación de la doceava parte en una cuenta de aportes voluntarios a Protección; señaló que financieramente es el equivalente a la prima de servicios; y se utilizaba por el trabajador en el mes de junio o diciembre; la diferencia es que la demandada la consignaba a Protección; pero iba generando intereses. Dijo

que esto estaba en los desprendibles de pago y se llamaba auxilio semestral. Señaló que había otra cuenta en la que se calculaba la doceava parte de este beneficio y se le sumaba el 12% que era el equivalente financieramente al auxilio de cesantía y a los intereses a la cesantía; pero aquí el dinero solamente se podía utilizar en el momento en que el trabajador se retiraba de la empresa; o por mejora de vivienda, por compra de vivienda o para estudio, aseguró que este esquema es igual al retiro de la cesantía.

Entonces, la declaración del testigo muestra que en la realidad el plan de beneficios se asimilaba al concepto de salario; Salud Total EPS le daba un tratamiento similar pues obsérvese que reiteradamente Henry Ladino Díaz señaló que los beneficios eran equivalentes financieramente al auxilio de cesantía, intereses a la cesantía y prima de servicios, por lo tanto, la demandada estructuró la realidad asimilando el Plan de Beneficios al concepto de salario.

Finalmente, anota la Sala que la C.S.J. ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, *«pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo»* (CSJ SL1798-2018).

Por las razones expuestas se revoca la sentencia consultada para, en su lugar, acceder al reajuste de las prestaciones sociales y vacaciones. Se precisa que con lo dicho se desvirtuó la presunción declarada por la Jueza mediante el Auto No. 444 del 15 de febrero de 2019, en cuanto a

tener por ciertos los hechos que sustentaron las excepciones de la demanda.

DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La demandada propuso la excepción de prescripción, la cual prospera parcialmente en relación al reajuste de los intereses a la cesantía, la prima legal de servicios y las vacaciones causadas con anterioridad al 8 de abril de 2012. Con relación al reajuste del auxilio de cesantía no es dable declarar la prescripción por cuanto la relación laboral terminó el 15 de mayo de 2014 y la demanda se presentó el mismo 8 de abril de 2015, folio 9 del expediente, de ahí que no alcanzaron a transcurrir los tres años previstos en el artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P. del T. y S.S..

Veamos una por una cada prestación.

Auxilio de cesantía

La prescripción para esta acreencia se cuenta desde la finalización del vínculo contractual laboral, que es cuando el trabajador puede disponer de la cesantía; así lo tiene adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral al señalar que

“(…) En este sentido, la prescripción no debe contabilizarse desde que tiene lugar cada una de esas liquidaciones parciales, sino a partir de la fecha de terminación del contrato, toda vez que es desde ese entonces cuando el trabajador puede disponer libremente de su importe y, en consecuencia, es cuando efectivamente se hace exigible (CSJ SL 34393, 24 ago. 2010; CSJ SL 41005, 23 oct. 2012, entre otras). Posición reiterada en la sentencia SL981-2019 del 20 de febrero de 2019.

En cuanto a los intereses a la cesantía, prima de servicios y vacaciones la prescripción se cuenta desde la fecha de exigibilidad de cada una de ellas así:

Los intereses a la cesantía se causan el 31 de diciembre de cada anualidad y deben pagarse en el mes de enero del año siguiente conforme lo establece el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, en el presente caso se encuentran prescritos los causados con anterioridad al 8 de abril de 2012, pues la demanda se presentó el 8 de abril de 2015, de allí que, procede la liquidación de los intereses a la cesantía correspondiente a los años 2012 y siguientes.

Respecto a las primas de servicios, se tiene que las del primer semestre de cada año se hacen exigibles el 30 de junio y las del segundo semestre el 20 de diciembre de cada anualidad, tal y como lo establece el artículo 306 del C.S.T., por lo tanto, en este asunto se encuentran prescritas las causadas con anterioridad al 8 de abril de 2012 teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda.

En cuanto a las vacaciones se contabilizan de acuerdo a la prescripción desde el 8 de abril de 2011, es decir, en 4 años por cuanto el trabajador tiene un año para reclamarlas, al respecto se puede consultar entre otras, la sentencia SL8936-2015, SL3264-2020.

DE LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES

Para el cálculo de lo adeudado por cesantía y sus intereses, primas de servicio y vacaciones, al monto reconocido por salario se sumará lo pagado por “beneficios”; y se procederá a establecer las diferencias teniendo en cuenta las certificaciones laborales, el contrato de trabajo con los otrosíes y las certificaciones de pagos (folios 49 a 54, 69 a 75, 388 a 458). El resultado de la liquidación es el siguiente:

CESANTÍA							
AÑO	SALARIO BASICO	BENEFICIOS	VALOR TOTAL	MESES	VALOR CESANTÍA	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
2003	866.250	457.751	1.324.001	9	993.001	511.117	481.884
2004	1.997.588	856.109	2.853.697	12	2.853.697	1.875.215	978.482
2005	2.135.204	1.194.109	3.329.313	12	3.329.313	2.252.640	1.076.673
2006	2.361.893	1.320.885	3.682.778	12	3.682.778	2.361.893	1.320.885
2007	2.467.706	1.380.060	3.847.766	12	3.847.766	2.467.706	1.380.060
2008	2.608.119	1.458.585	4.066.704	12	4.066.704	2.608.119	1.458.585
2009	2.608.119	1.682.006	4.290.125	12	4.290.125	2.608.119	1.682.006
2010	2.608.119	1.682.006	4.290.125	12	4.290.125	2.608.119	1.682.006
2011	2.677.038	1.784.692	4.461.730	12	4.461.730	2.677.038	1.784.692
2012	2.757.349	1.838.233	4.595.582	12	4.595.582	2.757.349	1.838.233
2013	2.909.235	1.939.490	4.848.725	12	4.848.725	2.909.235	1.939.490
2014	2.909.235	1.939.490	4.848.725	4,5	1.818.272	1.090.963	727.309
VALOR TOTAL DE DIFERENCIA							16.350.305

INTERESES A LA CESANTÍA					
AÑO	CESANTÍA	MESES	VALOR INTERESES	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
2012	4.595.582	8,8	402.879	241.728	161.152
2013	4.848.725	12	581.847	349.108	232.739
2014	1.818.272	4,5	81.822	49.093	32.729
VALOR TOTAL DE DIFERENCIA					426.620

PRIMA DE SERVICIO							
AÑO	SALARIO BASICO	BENEFICIOS	VALOR TOTAL	MESES	VALOR PRIMA	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
2012	2.757.349	1.838.233	4.595.582	8,8	3.357.328	2.757.349	599.979
2013	2.909.235	1.939.490	4.848.725	12	4.848.725	2.909.235	1.939.490
2014	2.909.235	1.939.490	4.848.725	4,5	1.818.272	1.090.963	727.309
VALOR TOTAL DE DIFERENCIA							3.266.778

VACACIONES							
PERIODO DESDE-HASTA	SALARIO BASICO	BENEFICIOS	VALOR TOTAL	MESES	VALOR VACACIONES	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
8/04/2011 31/03/2012	2.757.349	1.838.233	4.595.582	11,8	2.253.112	1.359.936	893.176
1/04/2012 31/03/2013	2.909.235	1.939.490	4.848.725	12	2.424.363	2.277.573	146.790
1/04/2013 15/05/2014	2.909.235	1.939.490	4.848.725	13,5	2.727.408	1.442.981	1.284.427
VALOR TOTAL DE DIFERENCIA							2.324.392

De acuerdo a los anteriores cuadros, la demandada le adeuda al actor por reajuste de auxilio de cesantía la suma de \$16.350.305,00;

\$426.620,00 por reajuste intereses sobre la cesantía; \$3.266.778,00 por reajuste de prima de servicios y \$2.324.392,00 por reajuste de vacaciones.

DE LAS SANCIONES MORATORIAS

La Sala considera que se debe condenar a SALUD TOTAL EPS al pago de las sanciones moratorias establecidas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto la demandada no obró de buena fe al disfrazar el salario con un plan de beneficios que no correspondía a la realidad como ya se indicó; no se encuentran hechos o circunstancias que permitan deducir o presumir la buena fe del empleador; por el contrario, optó por restarle la calidad de salario al casi 70% de la remuneración convenida, por medio de los llamados “beneficios” que disfrazaron el aumento salarial, lo cual se mantuvo durante los 11 años de relación laboral.

La Sala da linaje a la decisión precedente en lo señalado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL5328-2019 cuando dijo:

“(…) Debe acotarse que el hecho de que la trabajadora aceptara los otros ítems usados para desalarizar algunos pagos, no legitima el actuar de la empresa, en claro abuso de la posibilidad que ofrece el artículo 128 de la codificación laboral, desconoció la calidad salarial de unos rubros que el actor recibía como retribución del servicio pues, como quedó demostrado, se pagaban de manera habitual y permanente durante la existencia de la relación de trabajo. En tales condiciones, la demandada no puede justificarse en que se trató de una decisión consensuada, pues bien es sabido que «el trabajador como la parte débil de la relación en muchas ocasiones se ve compelido, por la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen el mundo del trabajo» (CSJ SL8652-2016). (…)”

En consecuencia, se condena a SALUD TOTAL EPS a pagar al demandante la suma de **\$69.854.783,00**, por concepto de sanción moratoria por la no consignación completa del auxilio de cesantía de los años 2012 y 2013 en un fondo de cesantías, la cual va desde el 15 de febrero de 2013 hasta el 15 de mayo de 2014 cuando finalizó el contrato de trabajo, de acuerdo al siguiente cuadro:

SANCION MORATORIA ARTÍCULO 99 LEY 50 DE 1990				
F/DESDE	F/HASTA	DIAS	SALARIO	TOTAL SANCION
15/02/2013	14/02/2014	360	\$ 4.595.582	\$ 55.146.984
15/02/2014	15/05/2014	91	\$ 4.848.725	\$ 14.707.799
				\$ 69.854.783

En cuanto a la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, por la falta del pago completo de las prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo, se condena a SALUD TOTAL EPS a pagar al demandante la suma de **\$116.369.400,00**, liquidada desde el 16 de mayo de 2014 hasta el 15 de mayo de 2016 y, a partir del 16 de mayo de 2016, se pagaran los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación hasta cuando se verifique el pago de las obligaciones laborales. La liquidación se muestra en el siguiente cuadro:

SANCION MORATORIA ARTÍCULO 65 DEL CST				
F/DESDE	F/HASTA	DIAS	SALARIO	TOTAL SANCION
16/05/2014	15/05/2016	720	\$ 4.848.725	\$ 116.369.400

DE LAS EXCEPCIONES DE COMPENSACIÓN Y PAGO

Con relación a la excepción de compensación no prospera pues los beneficios que se dice se pagaron a título de cesantía, interés a la cesantía, primas, etc., no son compensables por cuanto fueron ilegales y,

mucho menos, se puede aplicar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, como lo alega la demandada porque estamos frente a obligaciones distintas, ya que los pagos realizados por SALUD TOTAL al trabajador no tienen la calidad de prestaciones sociales (cesantía, intereses a la cesantía, prima de servicios); salario y vacaciones, pues son diferentes a los pagos que cobijan a los trabajadores dependientes reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Tampoco se configura un enriquecimiento sin justa causa en eventos en que la demandada busca encubrir el pago de acreencias laborales, razón por la que no se configuran de manera conjunta los siguientes requisitos: a) un enriquecimiento; b) un empobrecimiento; c) relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; d) la ausencia de causa jurídica; e) la ausencia de otra acción y f) observancia de la ley y la inexistencia de fraude.

Respecto a la compensación, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL5328-2019 citada anteriormente, en la que resolvió un caso similar al que nos ocupa contra la misma demandada, concluyó que la compensación no procede porque la consecuencia de tener los beneficios como salario, es que las prestaciones y derechos pagados sobre una base inferior, deben reajustarse.

Conforme a lo anterior, tampoco prospera la excepción de pago al adeudarle la demandada diferencias por acreencias laborales al actor.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO

La parte demandante pretende la indemnización por despido indirecto bajo el argumento que el día 15 de mayo de 2014 se vio en la necesidad de presentar la carta de terminación del contrato de trabajo por causa imputable al empleador por *“la injustificada falta de programación de*

pacientes por parte de Salud Total E.P.S. en mi agenda desde el pasado 31 de marzo de 2014”, folio 18 y 18; sin embargo, tal afirmación no fue demostrada en el proceso, lo cual era carga de la parte actora, incumpliendo con ello la carga probatoria que le es propia conforme al artículo 166 del CGP; máxime cuando la demandada negó tal afirmación en la contestación de la demanda.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha señalado que la carga de demostrar que las causas de la renuncia obedecieron a motivos imputables al empleador, gravita sobre el demandante. (CSJ SL16561-2017, CSJ SL12499-2017, CSJ SL15927-2017, CSJ SL16281-2017, CSJ SL16373-2017, CSJ SL14877-2016).

Por las razones expuestas se revoca la sentencia consultada. Costas en primera instancia a cargo de SALUD TOTAL E.P.S. y a favor de FERNANDO ARCESIO URREA CALDAS. Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

REVOCAR la sentencia consultada identificada con el No. 20 del 15 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali y, en su lugar,

PRIMERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción frente a la reliquidación de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 8 de abril de 2012, con excepción del auxilio de cesantía y no probadas las demás formuladas por SALUD

TOTAL E.P.S., por las razones expuestas en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a SALUD TOTAL E.P.S. a pagar a FERNANDO ARCESIO URREA CALDAS los siguientes valores: \$16.350.305,00 por reajuste del auxilio de cesantía; \$426.620,00 por reajuste de los intereses sobre la cesantía; \$3.266.778,00 por reajuste de prima de servicios y \$2.324.392,00 por reajuste de vacaciones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a SALUD TOTAL E.P.S. a pagar a FERNANDO ARCESIO URREA CALDAS la suma de \$69.854.783,00, por concepto de sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación completa del auxilio de cesantía de los años 2012 y 2013 en un fondo de cesantías, la cual va desde el 15 de febrero de 2013 hasta el 15 de mayo de 2014 cuando finalizó el contrato de trabajo.

CUARTO: CONDENAR a SALUD TOTAL E.P.S. a pagar a FERNANDO ARCESIO URREA CALDAS la suma de \$116.369.400,00, por la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. liquidada desde el 16 de mayo de 2014 hasta el 15 de mayo de 2016 y, a partir del 16 de mayo de 2016, se pagaran los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación hasta cuando se verifique el pago de las obligaciones laborales.

QUINTO: ABSOLVER a SALUD TOTAL E.P.S. de las demás pretensiones formuladas por el demandante en su contra.

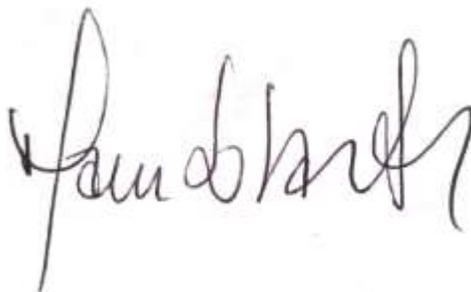
SEXTO: COSTAS en primera instancia a cargo de SALUD TOTAL E.P.S. y a favor de FERNANDO ARCESIO URREA CALDAS. Sin costas en esta instancia.

Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

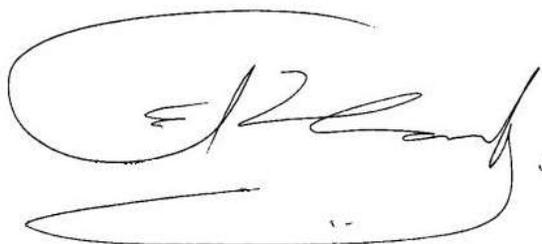
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

GERMAN VARELA COLLAZOS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De

Cali

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

Código de verificación:

**36e643bf162297cdf97a53031e79cddc97f6b573f3e7ad5e6986
530dda3cab7d**

Documento generado en 29/10/2020 10:12:25 a.m.

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

a