



**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA  
TRIBUNAL SUPERIOR  
SALA SEGUNDA DE DECISION  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: CARLOS F. GARCIA SALAS**

**RADICACIÓN:** 13001-31-05-008-2017-00527-01  
**DEMANDANTE:** GLORIA MARGARITA MERCADO HERRERA  
**DEMANDADO:** GOLD RH S.A.S. y solidariamente SALUD TOTAL EPS S.A.  
**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**FECHA:** 8 DE JULIO DE 2020

En Cartagena a los ocho (08) días del mes de julio del año dos mil veinte (2020), se constituye en audiencia pública la Sala Primera de Decisión Laboral, presidida por el suscrito como Magistrado Ponente, para llevar a cabo la audiencia programada en auto anterior, dentro del proceso (ordinario), instaurado por **GLORIA MARGARITA MERCADO HERRERA** contra **GOLD RH S.A.S. y solidariamente SALUD TOTAL EPS S.A.** con radicación única **13001-31-05-008-2017-00527-01**, a efectos de resolver la apelación, dentro del marco de la emergencia sanitaria de Covid-19, en la modalidad de trabajo en casa, aprovechando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En armonía con lo anterior, el Decreto Legislativo 806 de 2020 artículo 15, determinó que la decisión de segunda instancia se dictara por escrito, una vez ejecutoriado el auto que avoca el respectivo recurso o el grado jurisdiccional de consulta, según fuere el caso y previo traslado a las partes para alegar de conclusión (también en forma escrita).

**ALEGATOS:** Mediante auto de fecha nueve (9) de junio de la anualidad que discurre, siendo notificado mediante Estado 067 del diez (10) de junio del presente año, encontrándose el mismo debidamente ejecutoriado, procediendo los apoderados de la parte demandada a descorrer el traslado; mientras que la parte demandante guardó silencio.

### **1. ANTECEDENTES RELEVANTES**

- 1.1 Pretensiones:** La demandante solicitó en su escrito de demanda se condene a GOLD RH S.A.S. y solidariamente a SALUD TOTAL EPS-S S.A. a pagarle la reliquidación de primas, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones causadas durante toda la relación laboral; indemnización moratoria del artículo 65 del CST; diferencias de los aportes a pensión y costas.
- 1.2 Hechos:** Fundó sus pretensiones en diecinueve (19) hechos, siendo los más relevantes que laboró para GOLD RH S.A.S. desde el 1 de enero de 2014 desempeñándose como asesor profesional en favor de Salud Total EPS-S S.A. ; que en virtud del contrato de trabajo con GOLD RH S.A.S. se obligó a obtener afiliaciones de

nuevos usuarios de los servicios de salud o traslados a favor de Salud Total EPS-S S.A. en Cartagena; que la relación laboral con la demandada termino el 12 de diciembre de 2016; que el salario devengado era la suma de \$810.050 mensuales; que adicional a la remuneración ordinaria fija, recibía un pago denominado medios de transportes, los cuales se generaban por las afiliaciones mensuales de usuarios que realizara a favor de Salud Total EPS-S S.A. o por los traslados obtenidos, siempre y cuando el afiliado pagará por lo menos el valor correspondiente a 30 días iniciales a la afiliación; los medios de transportes eran remunerados atendiendo un valor previamente pactado en el contrato de trabajo o sus anexos, de acuerdo a la clasificación o graduación realizada por el empleador, respecto de los asesores, la empresa a que pertenecían, los empleados afiliados y el número de personas afiliadas; que los medios de transportes eran pagados como contraprestación directa del servicio prestado, ya que se generaban por las denominadas afiliaciones efectivas, las cuales se daban cuando se cumplía el requisito establecido en la cláusula tercera denominada medios de transporte, literal f el cual establece "el pago por parte del cotizante de la correspondiente cotización aporte previo, por la totalidad de los 30 días del mes respectivo"; si realizaba una afiliación y era pagada por el empleador, pero el afiliado resultaba multifiliado debía reembolsar el pago del medio de transporte percibido, conforme al parágrafo 2 de la cláusula tercera del contrato; los medios de transportes no se tuvieron en cuenta para liquidar acreencias laborales; también percibía una remuneración mensual llamada reconocimiento de equipos productivos - REP, el cual era percibido cuando el grupo de trabajo al cual pertenecía superaba la meta establecida por el empleador, la cual consistía en un numero de afiliaciones mensuales realizadas por los integrantes del grupo de manera colectiva, pero como resultado de las afiliaciones efectuadas individualmente por cada trabajador, este pago se hacía a prorrata a cada integrante del grupo, teniendo en cuenta las afiliaciones realizadas individualmente; que las acreencias laborales pagadas en la liquidación no fueron liquidadas y pagadas debidamente, pues no se computaron todos los factores salariales percibidos; que para efectos de cotizaciones a la seguridad social en pensiones, el empleador únicamente tomaba el 40% de lo percibido por medios de transporte más la remuneración ordinaria fija; Salud Total EPS-S S.A. era la beneficiaria de los servicios prestados a través de GOLD RH S.A.S.

### **1.3 . CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

Mediante auto de fecha de 20 de febrero de 2018, se admitió la demanda y se ordenó correr traslado a las demandadas (fl 61), quienes contestaron la demanda, así:

#### **SALUD TOTAL EPS S.A. (fls 115 a 150)**

Manifestó que los hechos 1 a 189 no le constan; mientras que el hecho 19 no es cierto; se opuso a todas las pretensiones de la demanda y propuso como como excepciones de mérito las de inexistencia de solidaridad de Salud Total EPS S.A. y Gold RH S.A.S. frente a los hechos

y pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva de Salud Total EPS S.A., prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, pago, compensación e innominada.

**GOLD RH S.A.S.** (fls 151 a 239)

Manifestó que los hechos 1, 5, 12 y 16 son ciertos; mientras los hechos 2 al 11, 13 a 15, 17 a 19 no son ciertos; se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de fondo de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción, compensación, buena fe y pago.

### **3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena mediante sentencia del 3 de mayo de 2019 declaró no probadas las excepciones interpuestas por las demandadas; declaró que entre la actora y GOLD RH S.A.S. existió una relación laboral en virtud de contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de enero de 2014 al 12 de diciembre de 2016; condenó a las demandadas solidariamente a cancelar a la actora la suma de \$5.949.632 por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones; a pagarle a la actora la sanción moratoria consagrada en el art. 65 del CST desde el 9 de marzo de 2017 hasta el 9 de marzo de 2019 en cuantía de \$70.009.920 y a partir del 14 de diciembre de 2018 intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre dicha suma hasta que se verifique el pago de la obligación; a cancelar el cálculo actuarial por concepto de aportes a seguridad social en pensiones teniendo en cuenta los factores salariales devengados por la actora; absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones e impuso costas a cargo de la parte vencida, fijando las agencias en derecho en un 7% del valor de las condenas impuestas.

**ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA:** El a quo fundó su decisión al considerar que se acreditó la relación laboral entre la actora y la demandada GOLD RH S.A.S. entre el 1 de enero de 2014 al 12 de diciembre de 2016. Estimó que conforme al art. 127 del CST el denominado auxilio por medio de transporte pagado habitualmente a la actora tiene carácter salarial, puesto que su pago está claramente relacionado con la actividad desarrollada por la demandante, por lo que no podían las partes escudarse en el art. 128 del CST para excluir la connotación salarial de dicho pago, por lo que considero que los pagos recibidos por este concepto debían tenerse en cuenta para efectos de liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social y por ello reliquidó las prestaciones sociales, vacaciones y ordenó efectuar un cálculo actuarial teniendo en cuenta las diferencias generadas por el denominado medio de transporte. Considero que no estaba llamada a prosperar la excepción de prescripción propuesta por la demandada como quiera que la relación laboral terminó el 12 de diciembre de 2016 y la demanda fue presentada el 22 de noviembre de 2017, es decir, no habían transcurrido los 3 años establecidos por los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST para entender que las acreencias laborales hubieran prescrito. En relación con la remuneración por equipos productivos estimó que el mismo no tenía carácter salarial, pues no se

demonstró la habitualidad y constancia de tales pagos a la actora. Condenó al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, por cuanto consideró que al acreditarse que los medios de transporte eran realmente factor salarial coligió la mala fe del empleador al desdibujar la figura de los auxilios de transporte realizando una exclusión salarial sobre un concepto que por mandato legal es salario, evadiendo el pago de prestaciones sociales, por lo que la demandada incumplió sin justificación legal con el pago de las prestaciones sociales debidas a la actora, para lo cual teniendo en cuenta que el último salario de la actora fue la suma de \$2.917.100 determinó que el salario diario ascendía a \$97.236 debiendo la demandada pagar un día de salario por cada día de retardo desde el día siguiente a la terminación del contrato, esto es, desde el 13 de diciembre de 2016 hasta el 13 de diciembre de 2018 para un total de \$70.009.920 y a partir del 14 de diciembre de 2018 deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera hasta tanto se verifique el pago.

También estimó que Salud Total EPS S.A. es solidariamente responsable de todas las condenas impuestas, conforme al art. 34 del CST, pues se demostró la calidad de contratista de la demandada GOLD RH S.A.S y dado que el beneficiario de la obra a menos que se trate de labores extrañas se considera solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios e indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador, y en el plenario sin duda alguna quedó evidenciado que las labores de la actora constituían la actividad normal de una EPS, como es la promoción, afiliación y recaudo de cotizaciones. Declaró no probadas las restantes excepciones propuestas.

### **3. APELACIÓN**

#### **GOLD RH S.A.S.**

Inconforme con la decisión del a quo, el vocero judicial de la demandada GOLD RH SAS, manifiesta que debe revocarse la sentencia y en su lugar absolver a su representada pues conforme a la cláusula tercera del contrato claramente se definió el carácter no salarial del denominado auxilio de medios de transporte, ya que dicho pago se daba en virtud de los desplazamientos que debía realizar la actora, es decir, que se suministraba para que se desarrollara cabalmente la función de asesor y nunca tuvo como fin retribuir la prestación del servicio y no buscaba enriquecer el patrimonio de la actora considerando. Además, que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 128 del CST el cual faculta realizar pactos de exclusión salarial, y en ese sentido los medios de transporte fueron pactados de manera extralegal, por lo que no debe considerarse dicho pago como salario. En cuanto a la sanción moratoria aduce que su patrocinada no obró de mala fe y lo acordado en el contrato no está por fuera del orden legal. Señala igualmente que el testimonio del señor Nel Barrios no permite establecer de manera certera las condiciones laborales de la demandante, pues contestó desde su punto de vista.

#### **SALUD TOTAL EPS S.A.**

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada SALUD TOTAL EPS S.A., considera que el denominado medio de transporte no constituye salario, pues así quedó sentado contractualmente por las partes, amparado en lo dispuesto en el artículo 128 del CST. También cuestiona la condena por sanción moratoria, pues considera que no se obro de mala fe por parte del empleador de la actora

Aduce también que no se cumplen los supuestos que exige el art. 34 del CST para considerar que Salud Total EPS es solidariamente responsable, aunado a que el Decreto 1485 de 1994 le permita a las EPS contratar con terceros especialistas las actividades de afiliación.

#### 4. PROBLEMA JURÍDICO:

Conforme a los recursos de apelación de los apoderados judiciales de las demandadas, la controversia jurídica en el sub lite se contrae en determinar si los denominados medios de transporte constituyen o no factor salarial y en consecuencia de ello si hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones; e indemnización moratoria del artículo 65 del CST. Asimismo, determinar si Salud Total EPS S.A. debe responder solidariamente.

#### 5. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR LA TESIS DE LA SALA:

- Artículos 34, 65, 127, 128 y 488 del CST
  - Artículo 50 y 151 del CPTSS

##### Subreglas:

- **CONSONANCIA:** Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia Rand No. 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- **Los denominados incentivos de transporte son COMISIONES por lo tanto se consideran factor salarial para efecto de liquidar prestaciones sociales:** Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral sentencia 32077 de 19 de diciembre de 2008. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón. **Mas recientemente la sentencia SL1430-2018 del 25 de abril de 2018, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.**
- **Solidaridad:** Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de abril de 2012 Rad.38255 y sentencia SL471-2013 radicación 40049 del 23 de julio de 2013, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.
- **PAGOS QUE CONSTITUYEN SALARIO:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sentencia SL-8216-2016, Magistrado Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

- **Que las sumas pagadas a un trabajador sean consideradas o no salario de acuerdo con el artículo 128 del CST no depende del calificativo. es decir, el carácter de salario no emerge del nombre otorgado a los pagos entregados al trabajador, ni esa denominación por si sola determina tal calidad, ni tampoco se pierde por el hecho de haberse acordado que determinada erogación no la tiene, si en efecto por su habitualidad y esencia, se insiste, la misma recompensa el servicio del trabajador. La libertad concedida a las partes en el artículo 128 del CST para calificar qué es salario, no significa que estas le puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, sino que, al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros:** Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral sentencia SL1279-2018, 25 de abril de 2018 M.P. Martin Emilio Beltrán Quintero.
- **Los acuerdos de exclusión salarial, 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:** Corte Suprema de Justicia – Sala, sentencia SL-54742019 (54657), Feb. 12/19. M.P. Giovanni Francisco Rodríguez y Ana María Muñoz.
- **Sanción Moratoria Art. 65 CST:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1321 de 2019 MP DOLLY AMPARO CAGUASANO VILLOTA sentencia de radicación 65309 del 31 de julio de 2018, Magistrado Ponente: GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ.
- **La indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio de cesantía se causa tanto por el no pago del auxilio, como por su aporte deficitario o parcial:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL-1461-2018, radicación 44416 del 25 de abril de 2018 M.P Clara Dueñas Quevedo.
- **Intereses moratorios a la tasa máxima corren a partir del mes 25:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN LABORAL, Radicación n° 45523 - SL16280-2014, Magistrado ponente JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ.

## 6. FUNDAMENTOS FACTICOS:

En el sub lite es un hecho pacífico y sin discusión que entre la actora y GOLD RH S.A.S existió un contrato de trabajo a término indefinido, cuyos extremos temporales fueron del 1 de enero de 2014 al 12 de diciembre de 2016, fecha en la cual la demandada dio por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo de la actora (fls 164 a 171 y 172 a 174). Asimismo, que el último cargo desempeñado por la actora fue el de asesor profesional devengando un salario de \$810.050 mensuales (fls 176)

Igualmente, no es objeto de discusión que en la cláusula tercera del contrato de trabajo se pactó un pago denominado medios de transporte,

el cual no tendría naturaleza salarial, y por lo tanto no se tendría en cuenta como base para efectos de liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra acreencia laboral, con fundamento en los artículos 128 y 129 del CST (fl 165 a 166).

A folios 177 a 208 obran comprobantes de nómina dela demandante.

A folio 176 milita liquidación definitiva de la actora.

A folio 225 a 239 figura contrato de mandato suscrito entre SALUD TOTAL EPS S.A. y GOLD RH S.A.S.

A folios 84 a 94 reposa certificado de existencia y representación legal de SALUD TOTAL EPS S.A.

### **INTERROGATORIO DE PARTE**

En audiencia de trámite y juzgamiento se recepcionó el interrogatorio de parte practicado a la demandante e igualmente se recepcionó la declaración del señor NEEL ENRIQUE BARRIOS IRIARTE (CD obrante a folio 270)

### **7. ARGUMENTOS PARA RESOLVER:**

La controversia en esta instancia se decidirá de acuerdo a los puntos materia de apelación como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte<sup>1</sup>.

Aduce el apoderado judicial de la demandada GOLD RH S.A.S. que erró el a quo al darle connotación salarial al auxilio medio de transporte que recibía la demandante, puesto que conforme al artículo 128 del CST éstos no eran retribución directa del servicio prestado, sino un pago extralegal, ya que dicho pago se daba en virtud de los desplazamientos que debía realizar la actora; que la declaración del señor NEEL BARRIOS no ofreció certeza frente a cuales eran las condiciones laborales de la demandante, pues su declaración se dio basado en sus apreciaciones personales.

En el sub examine es un punto indiscutible que la actora y la demandada GOLD RH S.A.S. estuvieron unidos mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de enero de 2014 al 12 de diciembre de 2016, siendo el último cargo desempeñado por la demandante el de asesor profesional y devengando un último salario básico de \$810.050, en virtud del contrato de mandato celebrado entre GOLD RH S.A.S y SALUD TOTAL EPS S.A. (fls 164 a 174 y 176).

Adicionalmente, en el contrato de trabajo celebrado, se advierte que en la cláusula tercera se acordó: "TERCERA. MEDIOS DE TRANSPORTE. EL EMPLEADOR reconocerá y pagará a favor de EL TRABAJADOR como medios de transporte los gastos de transporte que, en la gestión de afiliación efectiva realice, tales como desplazamientos a

<sup>1</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia de fecha 25 de Mayo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo López Villegas. Exp: 36013, reiterada mediante sentencia rad. 38135 del 3 de Agosto de 2010 y más recientemente en Sentencia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACIÓN LABORAL, Radicación No. 44673- SL 819 - 2013, de fecha 16 de octubre de 2013-Magistrado Ponente RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, y Sentencia radicado SL4430-014 - 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

diferentes lugares para realizar los contactos , para diligenciar formularios, para entrega de carnets, para asesoría de producto, entre otras actividades conexas y en las fechas de corte dispuestas; las sumas sobre cada cotizante que cumplan las siguientes condiciones a saber a) Que las afiliaciones se hagan en aquellas ciudades y municipios en donde el cliente tenga red de prestadores de servicios activo; b) Que las afiliaciones se efectúen a trabajadores independientes, dependientes o pensionados de personas jurídicas debidamente constituidas y registradas legalmente, con el número de identificación tributaria asignado (NIT), y que sea de carácter privado. Las condiciones de este literal deberán cumplirse conjunta y no optativamente. Si se trata de afiliación de trabajadores independientes, afiliados a través de agrupadoras, el medio de transporte solamente se generará, si la afiliación y pago de la autoliquidación se efectúan a través de una entidad agrupadora debidamente constituida como persona jurídica y con numero de identificado tributaria asignado (NIT), autorizado por la Superintendencia Nacional de Salud, y debidamente autorizado por la Vicepresidencia de Mercadeo y Ventas o quien haga sus veces; c) correcto diligenciamiento de todos los formularios de del periodo, d) que la asignación de IPS primaria y ARL se haya efectuado mediante el diligenciamiento del espacio correspondiente en el formulario de inscripción ; e) Anexos legales y contractuales debidamente radicados; f) Pago, por parte del cotizante de la correspondiente cotización o aporte previo por la totalidad de los días del mes respectivo; g) compensación efectuada ante el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA, la cual debe haberse efectuado por mes completo, lo cual solo sucede en el evento en que la cotización se efectúe pro los 30 días del respectivo mes. PARAGRAFO PRIMERO: Estos medios de transporte únicamente se pagarán una vez, por afiliación de cada cotizante, independientemente de las renovaciones de la afiliación inicial que los afiliados realicen posteriormente. PARAGRAFO SEGUNDO: En el evento en el cual EL EMPLEADOR pague al TRABAJADOR medios de transporte por un usuario que haya compensado, y al mes siguiente dicho usuario sea reportado por FOSYGA como multiafiliado, EL TRABAJADOR queda obligado a devolver el valor correspondiente al medio de transporte pagado por dicho usuario compensando. Así las cosas, EL EMPLEADOR quede desde ahora expresamente facultado para descontar este valor de los medios de transporte que posteriormente sean pagados al asesor. PARAGRAFO TERCERO: CARÁCTER NO SALARIAL. Las partes de manera expresa reconocen y aceptan que los beneficios mencionadas en la presente clausula no constituyen salario y que por lo tanto no se tendrán en cuenta como base para efectos de liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra acreencia laboral a cargo de EL EMPLEADOR y en favor de EL TRABAJADOR que de conformidad con la ley laboral, debe calcularse con base en el salario devengado por EL TRABAJADOR y de conformidad con lo establecido por los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, norma subrogada por los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la ley 344 de 1996 ni para la liquidación de aportes al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales. PARAGRAFO CUARTO, CONDICIONES Las partes acuerdan y aceptan que las condiciones del eventual reconocimiento de los beneficios y auxilios citados las determinará de forma discrecional EL EMPLEADOR, quien se reserva la facultad de modificarlas parcial o totalmente, siendo que el reconocimiento de los beneficios y/o auxilios no salariales de que trata la presente clausula se realiza por su mera liberalidad. PARAGRAFO QUINTO: NATURALEZA E INCOMPATIBILIDAD: En consideración, a la naturaleza extralegal e individual de los beneficios y/o auxilios consagrados en el presente contrato, las partes acuerdan que los beneficios y auxilios contenidos en este documento o en cualquier otro que lo adicione o modifique, son excluyentes e incompatibles con cualquier otro beneficio de origen colectivo, extralegal o judicial al que pudiera tener derecho EL TRABAJADOR. PARAGRAFO SEXTO: IMPUTABILIDAD. Las partes reconocen y aceptan que los beneficios y/o auxilios de que trata el presente contrato serán imputables a cualesquiera otros beneficios y/o beneficios que el EMPLEADOR tuviere que reconocer por disposición legal, acuerdos colectivos, decisiones arbitrales o de índole judicial de cualquier naturaleza o clase. PARAGRAFO SEPTIMO: EL TRABAJADOR declara conocer y acepta en forma expresa e irrevocable que las condiciones para el reconocimiento de los medios de transporte, así como sus montos se encuentran consignados en la política que para tal efecto EL EMPLEADOR apruebe y notifique anualmente o con la periodicidad que discrecionalmente el EMPLEADOR disponga, documento que le será dado a conocer a EL TRABAJADOR y que hace parte integral de este contrato.”

Respecto a los factores que constituyen salario, indica el artículo 127 del

CST que lo es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte.

Sobre este tópico en sentencia del 29 de noviembre de 2017, radicado 49967. M.P. Ernesto Forero Vargas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que no importaba 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, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial, entendiéndose que se dieron los elementos fácticos, esto es, la retribución del servicio, la periodicidad, regularidad, finalidad, la forma como estaba concebida y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador

De igual manera, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que la libertad concedida a las partes en el artículo 128 del CST para calificar qué es salario, no significa que estas le puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, lo cual devendría en una clausula ineficaz; sino que, al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros.

Y es que el carácter de salario no emerge del calificativo otorgado a los pagos entregados al trabajador, ni esa denominación por sí sola determina tal calidad, ni tampoco se pierde por el hecho de haberse acordado que determinada erogación no la tiene, si en efecto por su habitualidad y esencia, se insiste, la misma recompensa el servicio del trabajador. Así lo precisó la Sala Laboral de la Corte, en sentencia SL8216 – 2016, rad. 47048.

Para la Sala una vez analizada la citada clausula tercera del contrato de trabajo celebrado entre la demandante y GOLD RH S.A.S. denominada medios de transporte se advierte que se trata de un pago que recibiría la actora y correspondía a los gastos de transporte generados por gestión de afiliación efectiva, desplazamientos a diferentes lugares, para diligenciar formularios, entre otras, el cual era efectivo, siempre y cuando la afiliación se hiciera en una ciudad o municipio habilitado por SALUD TOTAL EPS S.A., que se afiliasen a trabajadores dependientes, independientes o pensionados, se diligenciare el formulario correctamente, se entregaran los anexos legales, que el cotizante pagase la correspondiente cotización y que luego ese pago se compensara en el FOSYGA; y una vez dichas condiciones fueran cumplidas por cada uno de los usuarios afiliados y por cada cotizante el empleado recibiría un valor, lo cual constituye un "incentivo" por afiliación, lo que para la Sala se traduce sin lugar a dudas en una comisión, es decir, que la misma al tenor del art. 127 del CST, constituye factor salarial, como quiera que, remuneraron el servicio prestado por la actora, enriqueciendo de este modo su patrimonio, además de que tales dineros no estaban cubriendo expensas para que la demandante desempeñara cabalmente sus funciones, por ello dichos

pagos debieron ser tenidos en cuenta al momento de liquidar las prestaciones de la señora Gloria Mercado Herrera.

Además no puede perderse de vista que cuando de pactos de exclusión salarial se trate, y de acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en reciente providencia, esto es, la SL-54742019 los mismos deben ser claros, precisos y detallados en cuanto a los conceptos a los cuales se les resta carácter salarial, dado que su pago no está condicionado al desempeño de las labores para las cuales se contrató al trabajador, ya que no es aceptable el establecimiento de cláusulas generales, como tampoco vía interpretativa incorporar conceptos que no fueron objeto del pacto.

Es más en un caso de connotaciones similares, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló:

Es cierto que la exclusión de los incentivos de transporte como factor salarial aparece pactada expresamente por las partes, pero según lo visto en este caso el uso de esta estipulación no es válido, porque conforme lo patentizan las pruebas, incluso el interrogatorio de la parte demandada y la constancia donde certifica el pago de "comisiones", en realidad esos pagos se hacían como retribución directa al trabajo realizado y por lo mismo constituyen salario, independientemente de su denominación, sin que puedan los contratantes alterar o variar ese carácter<sup>2</sup>.

Y en providencia reciente, esto es, la SL1430-2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala Laboral de la CSJ ratificó el carácter salarial de los denominados incentivos medios de transporte en un proceso contra la demandada SALUD TOTAL EPS S.A. y dos cooperativas de trabajo asociado, en efecto dijo:

**Tampoco incurrió el juez de apelaciones en el error fáctico que se le endilga al dar por demostrado que los «incentivos o medios de transporte» constituyen factor salarial, puesto que fueron concebidos para retribuir directamente el servicio prestado al tener como referente la cantidad de afiliaciones que efectuaba el actor, lo que se acompasa con lo dispuesto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo; aunado a ello, está demostrado que dichos pagos se realizaron tanto en vigencia del contrato de trabajo como durante el periodo que perduraron los simulados convenios asociativos, tal y como lo concluyó el Tribunal. (Negrillas fuera de texto)**

Por lo anterior, para esta Colegiatura es claro que en el sub lite se pretendía disfrazar como "medios de transporte", lo que en realidad eran comisiones, con la única finalidad de no contabilizarlos para liquidar las prestaciones sociales y desconocer, de este modo, derechos legítimos e irrenunciables del trabajador, por lo tanto, la cláusula tercera establecida en el contrato de trabajo es ineficaz, tal como lo sentencio el a quo, por lo que comparte la Sala la conclusión a que se arribó en primera instancia, respecto que a la actora le asiste derecho a la reliquidación de sus prestaciones sociales y vacaciones, teniendo en cuenta lo devengado por conceptos de medios de transporte.

### **SANCIÓN MORATORIA DEL ART. 65 DEL CST**

También cuestiona el vocero judicial de GOLD RH S.A.S. al igual que el apoderado de SALUD TOTAL EPS S.A. la condena impuesta por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, pues sostiene que no se obró de mala fe, sino que su comportamiento encuentra respaldo en lo acordado contractualmente con la demandante, respecto que los incentivos medios de transporte no constituían salario y por

<sup>2</sup> Sentencia 32077 de 19 de diciembre de 2008. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

ende no se tendrían en cuenta para liquidar prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos.

En relación con la indemnización moratoria, de conformidad con el artículo 65 del CST, *“si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizadas por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses (...)”*.

Ello significa que solo habrá lugar al pago de dicha indemnización cuando a la terminación del contrato el empleador no pague al trabajador salario y prestaciones sociales debidas, no obstante, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido reiterativa en que dicha sanción no opera de forma automática, sino que se hace necesario acreditar la mala fe por parte del empleador, quien conociendo de sus obligaciones patronales, no las asume y cancela a la terminación del contrato.

Así, en sentencia SL1451-2018 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema sostuvo que “La sanción moratoria opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, no es de aplicación automática; en cada caso es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe ya que no hay reglas absolutas que objetivamente la determinen”.

De igual manera, la Sala Laboral en sentencia SL 1321 de 2019 MP DOLLY AMPARO CAGUASANO VILLOTA aclaró que si bien la Corte sostenía que, de cara a la imposición de la indemnización moratoria, por norma en el empleador incumplido, existía una presunción de mala fe, en la actualidad se ha inclinado por una interpretación, de acuerdo con la cual, la verificación de la conducta del empleador es un aspecto que debe ser revisado en concreto, es decir, en cada caso particular, de modo que la condena se condiciona al análisis de los elementos subjetivos que guiaron su actuar.

En ese sentido, advierte la Sala que en el contrato de trabajo a término indefinido que suscribieron la señora Gloria Mercado Herrera y GOLD RH S.A.S. (fls 164 a 174), pactaron como salario inicialmente la suma de \$589.500 mensuales como salario ordinario, pero atendiendo que la actora fue promovida a otro cargo, esto es, asesor profesional se acreditó en el sub lite que el último salario básico pagado fue la suma de \$810.050 mensuales (fl 176); además de los denominados medios de transporte, los cuales como ya se ha dicho sin duda alguna constituyen factor salarial, como quiera que, se trata de verdaderas comisiones por lo que concluye esta Corporación que la demandada GOLD RH S.A.S ciertamente actuó de mala fe en el presente asunto, pues disfrazó este pago, como pago de carácter no salarial a objeto de no pagar las prestaciones sociales y vacaciones con el salario real que devengaba la actora, por lo que hay lugar a condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, debiéndose confirmar la sentencia apelada en este punto.

## **SOLIDARIDAD**

El apoderado judicial de Salud Total EPS S.A. se queja de la condena

solidaria impuesta a su representada, pues considera que no se cumplen con los supuestos exigidos por el artículo 34 del CST, pues el objeto social de dicha EPS en nada tiene que ver con el proceso de afiliación que realizaba la actora.

Pues bien, el artículo 34 *ibídem* reconoce a los contratistas independientes como verdaderos empleadores del trabajador, sin embargo, establece que “...el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores...”.

En ese sentido, se tiene que tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en **sentencia del 17 de abril de 2012 Rad.38255 y más recientemente en providencia SL471-2013 radicación 40049 del 23 de -julio de 2013**, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, el obligado solidario, en el área del derecho del trabajo, no es otra cosa que un garante para el pago al trabajador de sus acreencias laborales, pues en estricto sentido lo que busca proteger el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, es precisamente que los trabajadores no se vean afectados en el reconocimiento de las obligaciones laborales que se causen a su favor, como consecuencia de la desafectación, que, en ocasiones, persiguen empresarios y entidades de diferente naturaleza, de la responsabilidad que implica la contratación directa de sus servidores.

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial antes citado, se encuentra que para que proceda la aplicación de la solidaridad prevista en el artículo 34 del C. S. del T., se requiere la configuración de dos requisitos: (i) que exista un nexo entre contratista y beneficiario o dueño y (ii) que la labor desempeñada por el trabajador no sea ajena a las actividades propias del contratante.

Siendo así, para la Sala viene a resultar claro que Salud Total EPS S.A. es responsable solidario de las acreencias laborales que en sede judicial se le están reconociendo a la señora GLORIA MERCADO HERRERA, pues en el proceso se encuentra acreditado, que el objeto de la relación laboral entre GOLD RH S.A.S. y la actora estaba sujeto de manera indiscutible a la ejecución del contrato de mandato suscrito entre SALUD TOTAL EPS S.A. y GOLD RH S.A.S. (fl 225 a 239). Adicionalmente al analizar el certificado de existencia y representación legal que milita a folio 13 a 24, se advierte que entre el objeto social de la EPS en mención se encuentra 13) *"Realizar actividades de promoción y afiliación al Sistema General de Seguridad en Salud a nivel nacional"*. Por lo que resulta evidente que las labores de asesor profesional que ejercía la actora, debiendo afiliar bien fuera trabajadores dependientes o independientes a Salud Total EPS S.A. concuerdan con el objeto social de ésta última. De allí que se confirmará este aspecto.

Valga señalar que esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en procesos similares contra las mismas demandadas, como es el caso del proceso adelantado por el señor Dagoberto Zambrano Elles identificado con radicado 13001-31-05-005-2016-00225-01 en sentencia del 20 de

febrero de 2019 y el 10 de marzo del año en curso dentro del proceso adelantado por SANDRA OROZCO FLOREZ bajo el radicado 13001-31-05-005-2017-00537-01.

Por las consideraciones precedentes se confirmará la sentencia apelada.

## 8. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada GOLD RH S.A.S. y SALUD TOTAL EPS S.A., fíjense agencias en derecho en la suma de 2 SMLMV a cargo de cada una a favor de la actora. Se autoriza a la Secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

## 9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

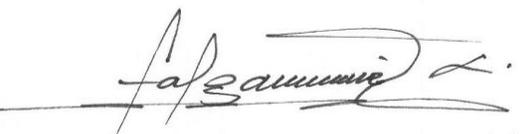
### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada de fecha 9 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena en este proceso Ordinario laboral de **GLORIA MARGARITA MERCADO HERRERA** contra **GOLD RH S.A.S** y solidariamente **SALUD TOTAL EPS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada GOLD RH S.A.S. y SALUD TOTAL EPS S.A., fíjense agencias en derecho en la suma de 2 SMLMV a cargo de cada una a favor de la actora. Se autoriza a la Secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

***La anterior sentencia queda notificada en estrados a las partes. No siendo más el objeto de esta audiencia se termina y firma por quienes en ella han intervenido.***

  
CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS  
Magistrado Sala Laboral

  
FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA  
Magistrado

  
JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS  
Magistrada