



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS F. GARCIA SALAS

RADICACIÓN: 13001-31-05-008-2018-00022-01
DEMANDANTE: NAYIBIS VELASQUEZ VILLADIEGO
DEMANDADO: GOLD RH S.A.S. y solidariamente SALUD TOTAL EPS S.A.
PROCESO: ORDINARIO LABORAL

En Cartagena a los quince (15) días del mes de diciembre 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 **NAYIBIS VELASQUEZ VILLADIEGO** contra **GOLD RH S.A.S.** y solidariamente **SALUD TOTAL EPS S.A.** con radicación única **13001-31-05-001-2016-00313-01**, a efectos de resolver la apelación.

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 primero (01) de julio de la anualidad que discurre, siendo notificado mediante Estado 079 del tres (03) de julio del presente año, encontrándose el mismo debidamente ejecutoriado, procediendo los apoderados de las sociedades demandadas 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 y 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 14 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 terminó el 3 de marzo de 2016; que el salario devengado era la suma de \$752.200 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, lo cual se denominaba afiliación efectiva; 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 número 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.; que fue Salud Total EPS quien escogió la empresa Gold RH S.A.S para que le prestara los servicios de los asesores comerciales en la ciudad de Cartagena a partir de 2014.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante auto de fecha de 9 de marzo de 2018, se admitió la demanda y se ordenó correr traslado a las demandadas (fl 75), quienes contestaron la demanda, así:

GOLD RH S.A.S. (fls 142 a 154)

Manifestó que los hechos 12 y 16 son ciertos; mientras los hechos 1 a 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.

SALUD TOTAL EPS S.A. (fls 107 a 141)

Manifestó que los hechos 1 a 18 no le constan; mientras que el hecho 19 no es cierto; se opuso a todas las pretensiones de la demanda y propuso 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.

3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena mediante sentencia del 21 de febrero de 2020 declaró no probadas las excepciones de fondo de cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe, pago e inexistencia de solidaridad interpuesta por la demandada GOLD RH S.A.; declaró que entre la actora y la demandada GOLD RH S.A.S existió una relación laboral en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 14 de enero de 2014 hasta el 3 de marzo de 2016, condenó a GOLD RH S.A.S y solidariamente a SALUD TOTAL EPS S.A. a cancelar a la demandante la suma de \$8.453.331 por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones; e igualmente a pagarle a la actora por concepto de sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST desde el 4 de marzo de 2016 hasta el 4 de marzo de 2018, para un total de \$18.693.360 y a partir del 5 de marzo de 2018 hasta que se verifique el pago de dicha obligación; condenó a GOLD RH S.A.S y solidariamente a SALUD TOTAL EPS a cancelar el calculo actuarial por concepto de los aportes a seguridad social en pensiones teniendo en cuenta los factores salariales devengados por la actora; absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones de la demanda.

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 14 de enero de 2014 al 3 de marzo de 2016. Estimó que los auxilios medios de transportes y equipos productivos constituían salario al tenor de lo dispuesto en el artículo 127 del CST, por lo tanto, le asistía derecho a la demandante a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones. En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, indicó que la misma no estaba llamada a prosperar por cuanto habiendo finalizado la relación laboral de la actora el 3 de marzo de 2016, esta tenía tres años de acuerdo con los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST para efectuar su reclamación, y evidenciando que la demanda se presentó el 24 de enero de 2018 no operó la prescripción. Al realizar la reliquidación de prestaciones sociales indico lo siguiente: del 1/01/14 al 31/12/14 el promedio de comisiones de la actora fue de \$1.797.118, por consiguiente las cesantías deben cancelarse en dicha suma, los intereses sobre las cesantías en \$207.867, primas \$1.731.222, vacaciones \$866.111; del 1/01/15 al 31/12/15 el promedio de las comisiones fue de \$1.210.193 correspondiéndole a la actora por cesantías la misma cifra, intereses sobre las cesantías \$145.223, primas de servicio \$1.210.193 y vacaciones \$605.097 y del 01/01/16 al 3/03/2016 promedio de las comisiones \$1.623.133, cesantías 284.048, intereses de cesantías \$34.086, primas de servicio \$284.048, vacaciones 142.024 para un total de cesantías de \$3.226.463, intereses \$387.176, primas \$3.226.463, vacaciones

\$1.613.232 para un gran total de \$8.453.334. También condenó al pago de los aportes a la seguridad social al cual este afiliada la actora, de conformidad con las sumas reconocidas como comisiones devengadas por la actora. Respecto a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, consideró que la misma resultaba procedente en el sub lite, por cuanto, el empleador desdibujó conceptos que por mandato legal son salario y pactó exclusiones salariales, con el fin de evadir el pago de prestaciones sociales sobre estos montos, por lo que a su juicio debía imponerse tal condena teniendo como último salario la suma de \$778.894, lo cual arroja un salario diario \$25.963, debiendo reconocérsele a la demandante a partir del 4 de marzo de 2016 un salario diario hasta el 4 de marzo de 2018, para un total de \$18.693.360 y a partir del 5 de marzo de 2018 pagar intereses moratorios sobre la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia financiera hasta tanto se acredite el pago. Señaló también que Salud Total EPS es solidariamente responsable de las condenas impuestas a Gold RH S.A.S conforme al artículo 34 del CST pues ésta última sociedad desarrollaba actividades propias del giro ordinario de SALUD TOTAL EPS, por consiguiente, la EPS se beneficiaba de los servicios prestados por la actora.

3. APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

Apeló La decisión en lo que respecta a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST pues considera que el monto establecido por el a quo por los 2 años que determina el CST, atendiendo que se estaba en presencia de un salario mixto, pues la actora devengaba un salario básico y un salario variable atendiendo que los pagos denominados medios de transporte y equipos productivos constituían salario, por ende el ultimo salario en este caso no es el del ultimo mes, sino el del ultimo año de servicios, atendiendo que la actora devengaba un salario variable.

También cuestiona la reliquidación de prestaciones sociales efectuada por el a quo en los años 2014, 2015 y la fracción del año 2016 por cuanto no hubo una lectura de los guarismos devengados realmente por la actora, pues a su juicio los montos a reliquidar son mayores a los indicados por el juez de primer grado, lo cual también influirá en los pagos de los aportes a seguridad social.

SALUD TOTAL EPS S.A.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada SALUD TOTAL EPS S.A., considera que el a quo erró en su decisión, pues de las documentales allegadas al plenario se concluye que la empresa contratista fue clara en establecer que los pagos efectuados por medio de transporte tenían como fin, no retribuir la retribución directa de un servicio, sino los gastos de transporte para que la afiliación efectiva se realizara, y además como un reembolso en los gastos para realizar contactos, formularios, entregas de carnet, entre otras actividades conexas, es decir, dicho pago consistía en un monto que tenía como objetivo el mejor desempeño de sus funciones frente a lo cual se excluyó de la base salarial conforme al artículo 128 del CST, por ende no es

salario. Igualmente, que los llamados equipos productivos tampoco constituían una retribución directa de los servicios prestados, sino que se trataba de un incentivo por el logro de metas en un grupo, por consiguiente, no era un pago individual que tuviera un nexo de causalidad entre las funciones de la actora y su pago. También manifiesta inconformidad frente a la condena por solidaridad que se le impuso a SALUD TOTAL EPS S.A., toda vez que, a su juicio 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.

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 al reconocimiento de los llamados equipos productivos, los mismos eran pagados por mera liberalidad, su reconocimiento era esporádicos y no remuneraba los servicios prestados pues era un premio para estimular la excelencia de las mesas de trabajo, dicho pago no tiene relación alguna con metas individuales de la actora, por ende su naturaleza no es salarial, tanto es así que la demandante al absolver interrogatorio de parte corroboró que estos se entregaban como un premio, lo mismo ocurrió con las testigos. También cuestiona la imposición de la sanción moratoria, pues aduce que su patrocinada no obró de mala fe, además se demostró que pago las prestaciones sociales que le correspondían a la demandante, Maxime cuando las partes desde el inicio de la relación laboral marcaron los lineamientos de este vínculo y acuerdan un pacto de exclusión salarial en el cual le restaron el carácter salarial a dichos pagos, por cuanto estos fueron entregados como herramientas para el cabal desempeño de sus funciones.

4. PROBLEMA JURÍDICO:

Conforme a los recursos de apelación de los apoderados judiciales de las sociedades demandadas, la controversia jurídica en el sub lite se contrae en determinar en primer lugar, si los denominados medios de transporte y equipos productivos constituyen o no factor salarial y en consecuencia de ello si hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones; indemnización moratoria del artículo 65 del CST. Asimismo, determinar si Salud Total EPS S.A. debe responder solidariamente. Mientras que por parte de la demandante deberá determinarse si los montos de la reliquidación realizada por el a quo son o no correctos y cuál

fue el último salario devengado por la actora para efectos de cuantificar la sanción moratoria.

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 14 de enero de 2014 al 3 de marzo de 2016, (fls 155 a 162 y 163). Asimismo, que el último cargo desempeñado por la actora fue el de asesor profesional devengando un salario de \$778.894 mensuales (fls 165)

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 156 a 157).

A folios 169 a 196 obran comprobantes de nómina de la actora.

A folio 165 a 166 milita liquidación definitiva de la demandante.

A folio 208 a 222 figura contrato de mandato suscrito entre SALUD TOTAL EPS S.A. y GOLD RH S.A.S.

A folios 76 a 86 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 y a la representante legal de Gold RH S.A.S. e igualmente se recepcionó la declaración de las señoras GLORIA MARGARITA MERCADO HERRERA y MARCIA CECILIA CASTRO BENITEZ.

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 Corte¹.

¹Corte 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.

Por razones metodológicas la Sala abordará en primer lugar y de manera conjunta los recursos de apelación interpuestos por los voceros judiciales de las sociedades demandadas.

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, de igual manera cuestiona que los denominados medios productivos tampoco tenían connotación salarial pues dicho pago era esporádico, atendía al cumplimiento de metas grupales y no retribuía los servicios prestados por la actora, además que contractualmente se estableció su naturaleza no salarial. De igual manera, la apoderada judicial de SALUD TOTAL EPS S.A. cuestiona el carácter salarial dado por el a quo a los medios de transportes y a los equipos productivos, pues contractualmente se estableció su naturaleza no salarial bajo el amparo del artículo 128 del CST.

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.

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-5474-2019 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.

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 14 de enero de 2014 al 3 de marzo de 2016, siendo el último cargo desempeñado por la demandante el de asesor profesional y devengando un último salario básico de \$778.894, en virtud del contrato de mandato celebrado entre GOLD RH S.A.S y SALUD TOTAL EPS S.A. (fls 155 a 163 y 165).

Así mismo, en la cláusula tercera del contrato de trabajo se estableció que la demandante recibiría el pago de unos *"incentivos o medios de transporte"*, que en teoría corresponderían a los gastos de movilización generados por gestión de afiliación efectiva, desplazamientos a diferentes lugares, para diligenciar formularios, entre otros, no obstante en la cláusula tercera del contrato se determinaron unas condiciones para que el pago del incentivo pudiera hacerse efectivo, entre las cuales se encontraban: que la afiliación se hiciera en una ciudad habilitada por SALUD TOTAL EPS S.A., que se afiliara a trabajadores dependientes, independientes o pensionados, que se diligenciara el formulario correctamente, que se entregaran los anexos legales, que el cotizante pagara la correspondiente cotización y que luego ese pago se compensara en el FOSYGA.

Dichas condiciones debían ser cumplidas por cada uno de los usuarios afiliados, y por cada cotizante el empleado recibía un valor, lo cual constituye un *"incentivo"* por afiliación, lo que para la Sala se traduce en una comisión, es decir, que la misma al tenor del art. 127 del CST, constituye factor salarial, como quiera que remuneraba el servicio prestado por la accionante, enriqueciendo de este modo su patrimonio, además de que tales dineros realmente no estaban cubriendo expensas para que la demandante desempeñara cabalmente sus funciones, sino retribuyendo la labor realizada.

Al respecto del carácter salarial de este incentivo, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1430-2018, al analizar un caso de supuestos semejantes al que hoy nos ocupa, concluyó: *"No queda duda que los «incentivos de transporte» sí remuneran el servicio para el que se contrató al demandante, pues están directamente relacionados con la cantidad de afiliaciones efectivas a posibles beneficiarios del plan obligatorio de salud ofrecido por la EPS como actividad principal de su objeto social"*.

Por lo anterior, para esta Colegiatura es claro que los incentivos o medios de transporte, si constituyen factor salarial, puesto que fueron concebidos para retribuir directamente el servicio prestado al tener como referente la cantidad de afiliaciones que efectuaba la actora.

Igualmente ocurre con la bonificación denominada "*reconocimiento de equipos productivos*", como quiera que de acuerdo con lo manifestado por los testigos Gloria Mercado y Marcia Castro Benitez, este pago también se hacía como contraprestación directa al cumplimiento de las metas por parte de la demandante y del grupo de asesores al cual ésta pertenecía, por lo que para su obtención se requería que cada uno de los trabajadores desempeñara cabalmente sus funciones y alcanzara los objetivos de venta.

Contrario a lo señalado por el recurrente, el hecho de que dicho reconocimiento no se pagara mensualmente, no le resta carácter salarial, pues como a bien ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, el criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, es que este se entregue como contraprestación directa del servicio, ya que pueden existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, con estos se retribuye el servicio.

En este orden de ideas, se tiene que, efectivamente las sumas devengadas por la demandante por concepto de incentivo de medios de transporte y reconocimiento de equipos productivos, debían ser tenidas en cuenta al momento de liquidar prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social en pensión, razón por la cual se confirma este punto de la sentencia apelada.

SANCIÓN MORATORIA DEL ART. 65 DEL CST

También cuestionan los voceros judiciales de las demandadas 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 y los equipos productivos no constituían salario y por ende no se tendrían en cuenta para liquidar prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos.

En el sub examine ha quedado probado que la indemnización moratoria, es totalmente procedente, pues si bien en el contrato de trabajo las partes pactaron que el incentivo de medios de transporte no constituiría salario, lo cierto es que se acreditó en el sub examine, que tal pago sí tiene naturaleza salarial, por lo que concluye esta Corporación que la demandada GOLD RH S.A.S ciertamente actuó de mala fe, pues pretendía disfrazar como "*incentivos*", 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.

Nótese, además, como durante todo el proceso la accionada insistió en manifestar que el incentivo de medios de transporte era cancelado para cubrir los gastos de movilización de los asesores, cuando de la lectura de la misma cláusula estipulada en el contrato de trabajo, se extrae claramente que tal incentivo tenía como propósito retribuir el servicio prestado.

Debido a lo anterior, la Sala comparte la decisión adoptada por el Juez de instancia en cuanto a la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.

SOLIDARIDAD

La apoderada 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, aunado a que el Decreto 1485 de 1994 le permite a las EPS contratar con terceros especialistas las actividades de afiliación.

Para que proceda la aplicación de la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST, 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.* En cuanto al primer requisito, se tiene que efectivamente GOLD RH S.A.S y SALUD TOTAL S.A, suscribieron un contrato de mandato, en virtud del cual la primera se comprometió a promocionar las afiliaciones y ofrecer a los usuarios los servicios de salud brindados por la referida EPS. En virtud de dicho acuerdo, GOLD RH S.A.S contrató los servicios de la demandante como asesora profesional.

En tal sentido, resulta claro que la labor desempeñada por la demandante, consistente en la captación de clientes o posibles beneficiarios del plan obligatorio de salud ofrecido por la EPS, constituye una actividad principal del objeto social de SALUD TOTAL.

Así, lo sostuvo la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1430-2018, en la cual explicó que la actividad desplegada por los asesores comerciales, son del giro permanente de las empresas promotoras de salud, ya que guardan relación con una de sus tareas ordinarias, como lo es la promoción de la afiliación a través de su fuerza comercial, actividad que por su naturaleza cae dentro del espectro de dirección, administración y control de la EPS.

Debido a lo anterior, la Sala confirmará este punto de la sentencia apelada, aclarándose que, en casos como el presente el contratante no está llamado a responder como empleador sino como garante de las deudas de aquel, ya que no puede confundirse la figura jurídica de la responsabilidad solidaria con la de la vinculación laboral, por lo que el hecho de que no se haya solicitado la declaratoria de SALUD TOTAL EPS S.A. como verdadero empleador de la actora, de ninguna manera implica que dicha EPS no deba ser condenada solidariamente al pago de las diferencias prestacionales adeudadas a esta.

APELACION PARTE DEMANDANTE

RELIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES, VACACIONES Y

APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Aduce el apoderado judicial de la actora que erró el a quo al establecer los montos que corresponden a la demandante por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones de los años 2014, 2015 y la fracción de 2016, pues a su juicio tal reliquidación debe darse en un monto mayor.

Para efectos de establecer a que montos corresponde la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, se procedió por intermedio de la Profesional Universitaria Grado 12 adscrita a este Tribunal a efectuar las operaciones aritméticas de rigor, teniendo en cuenta los comprobantes de nómina que militan en el plenario a folios 28 a 48 y 169 a 196, obteniéndose las siguientes cuantías:

TOTAL RELIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES			
CONCEPTO	VALOR RELIQUIDADO TRIBUNAL	VR. CANCELADO	DIFERENCIAS
CESANTÍAS	\$ 4.846.164	\$ 1.785.701	\$ 3.060.463
INTERESES DE CESANTÍAS	\$ 523.892	\$ 195.997	\$ 327.895
PRIMA DE SERVICIOS LEGAL	\$ 4.846.164	\$ 1.774.861	\$ 3.071.303
VACACIONES	\$ 2.344.583	\$ 1.199.462	\$ 1.145.121
TOTAL	\$ 12.560.803	\$ 4.956.021	\$ 7.604.782
TOTAL DIFERENCIA RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES INLCUYENDO AUXILIOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y EQUIPOS PRODUCTIVOS			\$ 7.604.782

Sin embargo, advierte la Sala que el valor obtenido por esta instancia, es inferior al reconocido por el a quo, quien totalizó el valor de las prestaciones sociales y vacaciones a pagar a la actora en \$8.453.334 y dado que en este punto la demandante es apelante único, no puede hacerse mas gravosa su situación, razón por la cual se mantendrán incólumes las condenas impuestas en primera instancia, en lo que atañe a los montos de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones reconocidos en favor de la demandante.

SALARIO PARA EFECTOS DE CUANTIFICAR LA SANCION MORATORIA

También recurre el vocero judicial de la actora que, el a quo tomara como último salario el básico devengado por la actora, que lo fue la suma de \$778.824 pues considera, que devengado la actora además del básico unas sumas variables por conceptos de incentivos medios de transporte y equipos productivos, los cuales quedaron acreditados constituían salario, debe realizarse un promedio salarial de los mismos en aras de obtener el verdadero salario de la demandante, criterio que comparte la Sala pues es evidente que el salario de la actora era variable, por lo que a través de la Profesional Universitario Grado 12 se procedió a efectuar el calculo del promedio salarial de la demandante en el último año, obteniéndose un salario promedio mensual de \$2.173.392, por

consiguiente el salario diario de la demandante asciende a \$72.446 el cual al multiplicarse por 720 días, que van entre el 4 de marzo de 2016 hasta el 4 de marzo de 2018 arroja una cuantía de \$52.161.396, por consiguiente se modificará el numeral cuarto de la sentencia apelada en tal sentido.

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, GLORIA MERCADO HERRERA bajo radicado 1300013105008201700527 en sentencia del 8 de julio de 2020 y MARCIA CASTRO BENITEZ con radicación 13001-31-08-2016-00313-01 en sentencia del 28 de agosto de 2020.

Por las consideraciones precedentes se modificará el numeral cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar CONDENAR a las demandadas GOLD RH S.A.S y solidariamente a SALUD TOTAL EPS S.A. a cancelar a la demandante por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, desde el 4 de marzo de 2016 hasta el 4 de marzo de 2018 la suma de \$52.161.396 y a partir del 5 de marzo de 2018 deberá pagar intereses moratorias sobre la suma debida por concepto de prestaciones sociales hasta cuando se verifique efectivamente el pago de las mismas.

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 1 SMLMV a cargo de cada una de las demandadas favor de la actora. Se autoriza a la Secretaría 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: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada de fecha 21 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena en este proceso Ordinario laboral de **NAYIBIS VELASQUEZ VILLADIEGO** contra **GOLD RH S.A.S** y solidariamente **SALUD TOTAL EPS S.A.**, para en su lugar:

CUARTO: CONDENAR a las demandadas **GOLD RH S.A.S** y solidariamente a **SALUD TOTAL EPS S.A.** a cancelar a la demandante por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, desde el 4 de marzo de 2016 hasta el 4 de marzo de 2018 la suma de \$52.161.396 y a partir del 5 de marzo

de 2018 deberá pagar intereses moratorios sobre la suma debida por concepto de prestaciones sociales hasta cuando se verifique efectivamente el pago de las mismas, conforme a las consideraciones antes expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en sus demás partes.

TERCERO: 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 1 SMLMV a cargo de cada una a favor de la actora. Se autoriza a la Secretaría 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 GARCIA SALAS
Magistrado Sala Laboral

CARLOS F. GARCIA SALAS
Magistrado

FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado
Ausencia Justificada



JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada