TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 030

Audiencia número: 395

En Santiago de Cali, a los veintisiete (27) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 modificatorio del artículo 82 del CPT y SS, nos constituimos en audiencia pública con el fin de darle trámite al recurso de apelación interpuesto por ambas partes en contra de la sentencia número 034 del 12 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por JUAN CARLOS PALACIO CALDERON contra COMERCIALIZADORA DE AUTOS MARCALI S.A.S – AUTOMARCALI S.A.S. y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO – SOCIAL CTA ENTIDAD DE ECONOMIA SOLIDARIA, trámite al cual fue vinculada como Litisconsorte Necesaria a la CTA CARVALLE EN LIQUIDACION.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El mandatario judicial del actor, al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, considera que la sentencia impugnada debe ser confirmada, porque de acuerdo con el material probatorio se pudo establecer el contrato realidad.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0357

Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad COMERCIALIZADORA DE AUTOS MARCALI S.A.S – AUTOMARCALI S.A.S., suscrito entre el 1° de marzo de 2001 hasta el 18 de abril de 2011, en virtud del principio de la primacía de realidad sobre lo formal, y como consecuencia de ello, peticiona el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, tales como cesantías, intereses de las mismas y primas de servicio, así como las vacaciones generadas durante tal interregno temporal, las sanciones moratorias contenidas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST, el reintegro de los aportes a la Seguridad Social en Salud y Pensión pagados durante toda la relación laboral y la indexación de las condenas que no fueren susceptibles de la sanción moratoria tales como vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

En sustento de las anteriores pretensiones aduce que laboró al servicio de la sociedad COMERCIALIZADORA DE AUTOS MARCALI S.A.S – AUTOMARCALI S.A.S., desde el 1° de marzo de 2001 al 15 de abril de 2011, desempeñando el cargo de Asesor Comercial o Vendedor de los vehículos nuevos y usados, labor cumplida de manera personal, atendiendo las órdenes e instrucciones de su empleadora, de manera subordinada y dependiente, acatando el horario de trabajo y reglamentos impuestos por aquélla.

Que no obstante haber desarrollado igual labor durante todo el tiempo, fue vinculado inicialmente a través de la figura de intermediación laboral con el único objetivo de que AUTOMARCALI S.A.S, no figurara como empleador directo, es decir, para disfrazar la verdadera relación laboral y evasión de responsabilidades obrero – patronales.

Que la primera de las intermediarias fue CARVALLE EAT, cuya vinculación ficticia se dio desde el 1° de marzo de 2001 y hasta el 30 de junio de 2004 y la segunda fue la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SOCIAL C.T.A., cuya vinculación ficticia se dio por convenio cooperativo desde el 1° de julio de 2004 y hasta el 16 de agosto de 2010.

Que, a partir del 17 de agosto de 2010, AUTOMARCALI S.A.S. quiso enmendar su yerro y procedió con su vinculación directa, razón por la cual suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con dicha sociedad a partir de dicha data.

Que la última contratación a través del contrato de trabajo tuvo duración hasta el 18 de abril de 2011, cuando recibió la carta de terminación del contrato de trabajo suscrita por la representante legal de AUTOMARCALI S.A.S., bajo el argumento de que la empresa se había visto en la necesidad de adelantar una reorganización administrativa interna, argumento que no se encuentra enlistado dentro de las justas causas de terminación del contrato de trabajo que prevé el artículo 62 del C.S.T.

Que entre la firma de convenios con la empresa asociativa de trabajo inicial, CARVALLE EAT, la cooperativa de trabajo asociado SOCIAL CTA y AUTOMARCALI S.A.S., no hubo solución de continuidad ni medió diferencia sustancial alguna en la prestación del servicio, pues desde marzo 1° de 2001 y hasta el 18 de abril de 2011, cumplió igual labor de vendedor de automóviles nuevos y usados del concesionario AUTOMARCALI S.A.S., con igual acatamiento de las exigencias de metas, horarios y condiciones de ventas en general.

Que para encubrir la verdadera calidad de empleadora AUTOMARCALI S.A.S., la misma le impartía órdenes y memorandos, a través de las intermediarias, además de que durante toda la relación laboral cumplió el siguiente horario de trabajo: Lunes a sábados de 7:30 a.m. a 12:m. y de 2:00 p.m. a 7:00 p.m. extendiéndose de dicho horario la mayoría de las veces, dependiendo del flujo de clientes que lo buscaban en los momentos finales de la jornada para recibir asesoría comercial del concesionario AUTOMARCALI S.A.S.

Que junto con los demás vendedores antes de iniciar la jornada diaria, todos los días tenía reunión con el gerente de ventas de AUTOMARCALI S.A.S., quien les impartía las instrucciones diarias y les indicaba la planta que debía cumplir cada uno para la venta de los vehículos.

Que toda orden e instrucción o memorando escrito, tenía el logo de SOCIAL C.T.A., esto con el objetivo de que AUTOMARCALI S.A.S., no figurara como empleadora.

Que la remuneración salarial devengada fue variable todo el tiempo, pues dependía de la cantidad de ventas que hiciera, pues no tenía ningún salario base, siendo sus salarios promedios en el transcurso de la relación laboral, los siguientes para el año 2001 de $4.500.000, para el 2002 de $5.000.000, para el 2003 de $6.119.250, para el 2004 de $5.371.500, para el 2005 de $5.449.333, para el año 2006 de $5.500.000, para el año 2007 de $4.179.624, para el año 2008 de $5.393.731, para el año 2009 de $2.640.378, para el año 2010 de $5.223.916, y para el año 2011 de $3.878.000.

Que en transcurso de la relación laboral nunca le fue depositadas ante un fondo las cesantías, como tampoco se le canceló los intereses de las mismas, ni las primas de servicios semestrales, ni vacaciones.

Que finalmente hasta antes del 18 de agosto de 2010, siempre sufragó de su propio peculio los aportes completos al Sistema de Seguridad Social Integral, pagando el porcentaje que le correspondía a su empleadora.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SOCIAL – SOCIAL CTA, se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en la medida que el señor JUAN CARLOS PALACIO CALDERON fue un asociado de la C.T.A. desde el 01 de septiembre de 2003 hasta el día 14 de agosto de 2010 y no existió un contrato de trabajo, además de que el asociado conocía que la relación entre la cooperativa no es laboral, porque él es dueño de la misma y las relaciones entre la Cooperativa y los asociados se circunscriben exclusivamente por lo estipulado en la Ley 1233 de 2008, el Decreto 4588 de 2006 y anteriormente el Decreto 468 de 1990, los estatutos y los regímenes de trabajo asociado y de compensaciones debidamente autorizados por el Ministerio de la Protección Social Dirección Territorial del Valle y en ningún momento se dio la terminación del convenio de asociación de manera injusta e ilegal.

Aduce que de acuerdo al convenio de asociación pactado con el señor JUAN CARLOS PALACIO CALDERON, éste en su calidad de trabador asociado presentó su renuncia de manera voluntaria a la C.T.A. el día 14 de agosto de 2010, a partir del cual se dio por terminado el mencionado convenio.

Expresa que todas las acreencias laborales ya le fueron pagadas al actor, como compensaciones ordinarias, extraordinarias y los derechos económicos de manera directa a la cuenta de ahorros de nómina del asociado No. 30081580445 del Banco Bancolombia y posteriormente a la cuenta de ahorros de nómina del asociado No. 118770853 del Banco AV-Villas., debido a que el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON fue un asociado de la CTA.

Menciona que igualmente se cancelaron a nombre del demandante, todos los valores correspondientes a la Seguridad Social, durante el período del 01 de septiembre de 2003 hasta el día 14 de agosto de 2010.

Formula la excepción de fondo que denominó prescripción.

La COMERCIALIZADORA DE AUTOS MARCALI S.A.S – AUTOMARCALI S.A.S., también se opone a las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que el demandante en el único lapso en el cual fue trabajador de la empresa, esto es, desde el 17 de agosto de 2010 hasta el 18 de abril de 2011, recibió la totalidad de sus salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás acreencias laborales, resaltando, además, que según se expresa en la misma demanda, al ser el actor asociado de las CTA CARVALLE y SOCIAL CTA, de conformidad con la reglamentación misma del sector cooperativo y de la propia Jurisprudencia de la Corte Constitucional, al señor PALACIO CALDERON no se le aplica el régimen laboral, por lo que no es AUTOMARCALI la llamada a responder por las condenas solicitadas en la demanda, máxime si como asociado de tales CTA, ha debido recibir el pago de sus compensaciones ordinarias y extraordinarias y en general de todos sus derechos cooperativos.

Expone que la vinculación del actor como trabajador asociado de las CTA demandadas, se surtió con el lleno de los requisitos legales, por lo que claramente no hubo intermediación laboral y mucho menos la intención de disfrazar una relación laboral, ni evadir responsabilidades obrero – patronales, aclarando que antes del 17 de agosto de 2010, la empresa no tuvo contrato de trabajo ni verbal, ni escrito con el demandante.

Formula en su defensa las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, falta de causa en las pretensiones de la demanda, inexistencia de contrato de trabajo, buena fe de la sociedad demandada, pago, compensación y la innominada o genérica.
La integrada como Litisconsorte Necesaria CARVALLE EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO ASOCIADO EN LIQUIDACION, expuso por intermedio de Curador – Ad Litem que no se oponía a las pretensiones de la demanda, siempre y cuando los hechos debatidos en el proceso, resulten plenamente probados por parte del demandante, para lo cual formula las excepciones de mérito denominadas: prescripción y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió en primera instancia en donde el A quo declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y compensación formulada por AUTOMARCALI S.A.S, y como no probadas las demás excepciones; declaró que el señor JUAN CARLOS PALACIO CALDERON y AUTOMARCALI S.A.S., existió en la realidad un verdadero contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de marzo de 2001 al 18 de abril de 2011; condenó en forma principal a AUTOMARCALI S.A.S, y solidariamente a SOCIAL CTA y CARVALLE EAT, a pagar a favor del actor: los excedentes de cesantías por $24.297.150; excedentes de intereses de las cesantías por $772.007; excedentes de primas de servicios por $7.835.303; excedentes de vacaciones por $7.377.143; sanción por no consignación de cesantías por $137.030.520; excedente por indemnización sin justa causa por $24.913.036; los intereses de mora más altos vigentes de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 C.S.T., liquidados sobre los conceptos de excedentes de cesantías y excedente de primas de servicios, hasta que le sean cancelados efectivamente al demandante; la

indexación de las sumas de vacaciones, intereses a las cesantías e indemnización por despido injusto y los aportes en seguridad social en pensiones y salud entre el 1 de marzo de 2001 y el 18 de abril de 2011.

El operador judicial de primer grado para arribar a la anterior decisión, partió por establecer la prohibición legal que tienen las CTA para ejercer una intermediación de una verdadera relación laboral, que en el presente caso se dio entre el demandante y la empresa usuaria AUTOMARCALI S.A.S., quien se benefició de los servicios prestados personal y directamente por el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON como Asesor Comercial o Vendedor de vehículos, labor que aquel ejerció en las instalaciones de dicha sociedad, con las herramientas y elementos de trabajo suministradas por la misma empresa usuaria, cumpliendo el horario establecido para los trabajadores directos de la misma y siguiendo las órdenes y directrices que los superiores de AUTOMARCALI S.A.S. le impartían, aunado a que la labor ejercida por el actor no se trató de una labor ocasional y transitoria, pues las mismas resultan ser propias de la razón social de la aludida empresa. Lo anterior en vista del análisis de las pruebas testimoniales y documentales recaudadas en el transcurso del proceso.

Expone respecto a la liquidación de las condenas impuestas a las demandadas por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, que las mismas se calcularon con los promedios de las comisiones devengadas por el actor, según la documental allegada al plenario, a las cuales le restó lo cancelado por AUTOMARCALI S.A.S. al actor al finalizar la relación laboral.

En torno a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, adujo el A quo que no encontró conducta alguna de la empresa demandada, que este revestida de buena fe en el pago de los derechos laborales del trabajador, pues por el contrario al tercerizar y desnaturalizar el contrato de trabajo, queda evidente la circunstancia de evadir el pago de tales derechos, sanción que ordenó pagar a través de intereses moratorios causados sobre los excedentes de cesantías y primas de servicios adeudados por la empresa demandada, en vista de que la demanda fue interpuesta con posterioridad a los 24 meses contados a partir de la terminación de la relación laboral. Frente a la sanción de mora por la no consignación de las

cesantías ante un fondo, aplicó la excepción frente a dicho rubro a partir del 18 de abril de 2008.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa a la que se condenó a la sociedad demandada, la misma derivó de la causal de terminación del contrato de trabajo dada por AUTOMARCALI S.A.S., al no encontrarse enlistada dentro de las establecidas en la ley para ello, cuyo calculó se tomó por todo el interregno temporal laborado por el actor, descontando lo cancelado por dicho rubro por parte de la aludida sociedad demandada.

Aduce además en torno a la solicitud de reintegro de los aportes efectuados por el actor a través de las CTA´S, que tales aportes pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, más no al trabajador motivo por el cual no sacó avante dicha pretensión.

RECURSO DE APELACION

Inconformes contra la anterior decisión los apoderados judiciales de las partes interpusieron el recurso de alzada, bajo los siguientes términos:

La parte actora expuso que su inconformidad respecto al promedio salarial calculado por el Despacho, devengado entre los años 2001 a 2011, pues con la demanda se aportó las consignaciones efectuadas como pagos durante todos los períodos por parte de la entidad demandada, de lo cual se puso inferir los valores de los promedios salariales que se establecieron en el numeral 18 de la demanda, por lo que solicita sea modificada la decisión en ese preciso punto.

La parte demandada AUTOMARCALI S.A.S. expone que si bien entre la empresa y el demandante existió un vínculo laboral entre 17 de agosto de 2010 y el 18 de abril de 2011, en vigencia del cual se le cancelaron la totalidad de acreencias laborales como quedo acreditado en el proceso, se desconocieron por completo las afiliaciones que el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON hizo de forma voluntaria a las CTA SOCIAL y CARVALLE entre los años 2001 a 2010, sin que entre éstas y el actor se haya dado una relación laboral, pues éste último entró a ser socio y dueño de las mismas CTA a las cuales se afilió, lo que

excluiría a AUTOMARCALI S.A.S. de cualquier relación de trabajo, al no presentarse subordinación alguna, o que el actor hubiese prestado sus servicios de forma continua a la empresa entre los años 2001 a 2010, o haber recibido remuneración alguna como contraprestación de sus servicios, pues no existen pruebas que así lo demuestren, además de que legalmente las CTA´S se encuentran autorizadas para regular con sus asociados un régimen de compensaciones como ingresos recibidos por funciones cumplidas, razón por la cual no le son aplicables las disposiciones contenidas en el CST, aunado a que se contaba con normas que permitían tercerizar procesos a través de una CTA, situación por la que se suscribió con SOCIAL CTA, a parte de un contrato de prestación de servicios, un contrato de comodato para el uso de un espacio en las instalaciones de AUTOMARCALI, y por ende para los años 2001 a 2010 el actor prestó sus servicios en ese sitio destinado para tal fin.

Que por lo anterior se concluye fácilmente que el vínculo que tuvo el demandante con las CTA fue una relación de trabajo asociado regidas por el Decreto 468 de 1990 y demás normas concordantes, sin que haya existido relación laboral alguna frente a la sociedad AUTOMARCALI S.A.S., por lo que las condenas impuestas resultarían inexistentes, oponiéndose igualmente al pago de prestaciones sociales y vacaciones.

Arguye que en el evento en que no se revoquen las condenas proferidas en primera instancia, se revisen los valores calculados por el A quo y con relación a la indexación, expuso que cada uno de los valores por tener un incremento legal no podría ordenarse un incremento sobre otro incremento.

Finalmente, se opone a las costas a la que fue condenada, en vista de que siempre actuó de buena fe.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En atención a los argumentos expuestos en los recursos de alzada, corresponderá a esta Sala de Decisión: Analizar **i)** la existencia o no de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON con la sociedad COMERCIALIZADORA DE AUTOS MARCALI S.A.S – AUTOMARCALI S.A.S., entre el 1° de

marzo de 2001 hasta el 18 de abril de 2011, en virtud del principio de la primacía de realidad sobre lo formal, y en caso afirmativo **ii)** determinar la procedencia o no del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, tales como cesantías, intereses de las mismas y primas de servicio, así como las vacaciones generadas durante tal interregno temporal, las sanciones moratorias contenidas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST y la indexación de las condenas que no fueren susceptibles de la sanción moratoria tales como vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

Antes de entrar a resolver los anteriores problemas jurídicos, debe la Sala resaltar que en el presente asunto no es objeto de debate probatorio lo siguiente:

- El vínculo laboral que tenían el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON y la sociedad AUTOMARCALI S.A.S., a través de un contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el día 13 de agosto de 2010, para desempeñar el cargo de Asesor Comercial de vehículos, cuyo inicio de labores partió desde el día 17 del mismo mes y año, y que fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por la empresa empleadora, el día 18 de abril de 2011, cancelándole al actor lo relativo a sus acreencias laborales causadas dentro de dicho interregno temporal. (01Exp76001310501020140015000Cuaderno1 – fls 34–40 y 64 / 03Exp76001310501020140015000Cuaderno1 – fls 20–26 y 13)

SOLUCION A LOS PROBLEMAS JURIDICOS

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO

Para darle respuesta a los anteriores interrogantes, empecemos por definir en primer lugar cuando existe un contrato de trabajo.

El artículo 23 del CST, establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

1.- La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

2.- La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

3.- Un salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 5 de agosto de 2009, radicación 36549, reiterada en pronunciamiento del 8 de junio de 2016, radicación 47385, ha precisado:

> *"Al respecto, sea lo primero recordar que tal como de antaño lo ha adoctrinado la Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica -que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando se encuentra evidenciada esa prestación del servicio, dado que en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, modificado por el art. 2° de la L. 50/1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».*

Atendiendo la norma y el precedente jurisprudencial citados, cuando se reclama la existencia de un contrato laboral, corresponde a quien aduce la calidad de trabajador, demostrar: la actividad personal y extremos temporales, porque el artículo 24 del mismo Estatuto Sustantivo del Trabajo, dispone: *"se presume que toda relación de trabajo personal está*

regida por un contrato de trabajo". Además, el artículo 145 de la misma obra, permite presumir que todo trabajador devenga por lo menos el salario mínimo mensual legal vigente.

De igual modo no sobra advertir que en virtud de la aludida presunción, la carga probatoria de desvirtuar el trabajo subordinado se invierte en cabeza de quien se reclama la existencia del vínculo, situación que ha precisado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras contenidas en sentencias del 24 de abril de 2012, rad. 39600, SL 10546 de 2014, SL 9801 y SL9156 de 2015 y recientemente en las SL 1762, SL 1607, SL 1573, SL 1375 de 2018, entre otras.

Por otro lado, el artículo 45 del CST, establece que:

> *"DURACION. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio."*

Procede entonces la Sala a verificar si en el presente caso se encuentran reunidos los anteriores requisitos para que se configure un contrato de trabajo bajo el principio de la primacía de la realidad sobre lo formal, teniendo en cuenta como bien quedo establecido en líneas precedentes, que el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la llamada a juicio AUTOMARCALI S.A.S., el día 13 de agosto de 2010, para desempeñar el cargo de Asesor Comercial de vehículos, cuyo inicio de labores partió desde el día 17 del mismo mes y año y hasta el 18 de abril de 2011, calenda en que le fue terminado el mismo de forma unilateral y sin justa causa por tal empleadora, por lo que se debe determinar si tales requisitos para la configuración del contrato de trabajo estuvieron presentes con anterioridad al 13 de agosto de 2010.

Obra en el proceso, solicitud de asociación firmada por el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON ante la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SOCIAL de fecha 1° de septiembre de 2003, así como los sendos convenios de trabajo asociado y convenios de asociación suscritos entre el actor y dicha CTA, siendo el primero de ellos firmado el 1° de julio de 2004, cuyo objeto de los mismos, en síntesis fueron para atender en su calidad de trabajador asociado las necesidades derivadas de los convenios de prestación de servicios

suscritos entre la CTA y otra persona natural o jurídica y en especial para la atención a clientes, asesoramiento al cliente para la retorna y/o venta de vehículos, acompañamiento al cliente para inspecciones de asegurabilidad, verificación del estado del vehículo (peritaje) y alistamiento del mismo, configuración de la carpeta del vehículo, cierre del negocio, postventa, participar en las actividades del programa de salud ocupacional, cumplir con las normas y procedimientos en materia de calidad y seguridad, mantener en orden y aseo el sitio de trabajo y desarrollo de todas las actividades afines al proceso de venta de vehículos. (01Exp76001310501020140015000Cuaderno1– fls 19–33 y 284-301)

Del mismo modo, reposa en el proceso certificaciones expedidas por la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO - SOCIAL CTA, en fechas 09 de septiembre de 2004, 24 de mayo de 2006 y 02 de abril de 2008, las cuales dan cuenta de que el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON es trabajador asociado de dicha CTA desde el 1° de julio de 2004, bajo la modalidad de convenio asociativo de trabajo indefinido, desempeñando la actividad de asesor comercial en la empresa AUTOMARCALI S.A.S. de la ciudad de Cali. (01Exp76001310501020140015000Cuaderno1 – fls 83–85)

Se observa igualmente, que se allegaron al plenario las ofertas mercantiles elaboradas por SOCIAL CTA con destino a AUTOMARCALI S.A.S., cuyo objeto de tales ofertas es la prestación de servicios y la ejecución de obras, de carácter permanente, siempre que respondan a la ejecución de un proceso total, cuyo propósito final sea un resultado específico, procesos que según tales ofertas mercantiles también pueden contratarse en forma parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva DEL DESTINATARIO, que como bien se dijo en líneas precedentes resulta ser la llamada a juicio AUTOMARCALI S.A.S. (01Exp76001310501020140015000Cuaderno1 – fls 304-335 / 03Exp76001310501020140015000Cuaderno3 – fls 55–86)

En dichas ofertas mercantiles, se establecieron entre algunos procesos productivos la comercialización de vehículos usados y nuevos, actividad directamente relacionada con el cargo de Asesor Comercial que el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON, desempeñaba en la empresa AUTOMARCALI S.A.S, desde el 1° de julio de 2004, como

trabajador asociado de la CTA SOCIAL, mediante sendos convenios de trabajo asociativo, los cuales tuvieron vigencia hasta el 14 de agosto de 2010.

Que producto de las ofertas mercantiles antes analizadas, se celebró entre la sociedad AUTOMARCALI S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SOCIAL CTA, un contrato de prestación de servicios de trabajo asociado, suscrito el día 1° de julio de 2004, y en el que se plasmó como objeto del contrato el siguiente: (04Exp76001310501020140015000Cuaderno4 – fls 69-72)

> *"LA EMPRESA contrata con LA COOPERATIVA la prestación de labores o servicios por parte de sus asociados, y no con personal diferente a ellos, para ejecutar las actividades que requiere LA EMPRESA en cuanto a la comercialización, promoción, venta y administración de vehículos automotores nuevos y usados, repuestos originales y servicio de mantenimiento y mecánica todos ellos de LA EMPRESA, y que por lo mismo serán facturados directamente por ella, no obstante que la venta y las demás actividades las realice LA COOPERATIVA."*

Igualmente, cabe destacar que también se allegó acuerdo comercial suscrito entre AUTOMARCALI S.A. y la EAT CARVALLE, de fecha 15 de diciembre de 2002, así como su anexo sobre la forma de pago de comisiones, acuerdo que tuvo como objeto uno similar al pactado entre dicha empresa y la CTA en mención, así:

> *"El Contratista tendrá a su cargo, con plena autonomía e independencia y con sus propios asociados y no con personal diferente a estos, la comercialización, promoción y venta de vehículos automotores de propiedad de la empresa, los cuales serán facturados directamente por la Empresa a los respectivos compradores de los mismos."*

A folios 66 a 82 del 01Exp76001310501020140015000Cuaderno1, reposan memorandos internos que recibía el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON, por parte de la CTA SOCIAL, de fecha 21 de mayo de 2009 sobre entrega de retomas de vehículos y ampliación de plazo de bonificaciones; 29 de julio de 2009 relativos a la política de facturación de vehículos, entrega de formatos para gestión de ventas de los mismos, los cuales tienen el logo de AUTOMARCALI y sobre el buen uso y custodia de los elementos de trabajo, 12 de julio de 2010, relativo al cumplimiento de horario en la planta asignada para la venta de

vehículos; 05 de agosto de 2009 sobre citación a reunión de ventas; 21 de julio de 2009 en torno al pago de compensaciones y contribuciones para el III trimestre de 2009; 15 de julio de 2009 informando sobre una reunión con Colmotores; 13 de julio de 2009 nuevamente por el cumplimiento de horario en la planta; 10 de noviembre de 2009 sobre exposiciones de productos.

Del mismo modo, observa la Sala que se allegó la programación de los horarios de las plantas de los asesores comerciales de AUTOMARCALI, dentro de los que se enlista al señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON para los meses de octubre de 2009, enero de 2010, febrero de 2010, marzo de 2010, abril de 2010, mayo de 2010, junio de 2010, enero de 2011, junio de 2011, julio de 2011, agosto de 2011, septiembre de 2011, noviembre de 2011 y abril de 2011. (01Exp76001310501020140015000Cuaderno1 – fls 87-110)

Se aportaron también los comprobantes de pago de las compensaciones ordinarias devengadas por el aquí demandante por parte de la CTA SOCIAL, producto de su labor como asesor comercial en AUTOMARCALI S.A.S, para los años 2007 y en adelante. (01Exp76001310501020140015000Cuaderno1 – fls 153-233)

En el trámite de primera instancia se recepcionó la declaración de la señora LUZ ADRIANA PUENTES PARRA, quien mencionó: *que es contadora pública y laboró directamente para AUTOMARCALI S.A.S. desde junio de 2006 y hasta el agosto de 2010 en el área de cartera, que en razón a dicho cargo era la persona encargada de revisar las liquidaciones que pasaban los vendedores de vehículos para que luego de una revisión, ellos se la pasaban a SOCIAL CTA quien les pagaba las comisiones por ventas y los afiliaba a la seguridad social, además de que era ella quien hacía los cierres de negocios y por ende tenía una estrecha relación con los vendedores; que en razón a lo anterior conoció al señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON quien fue vendedor de carros en AUTOMARCALI ubicada en la Pasoancho con carrera 70; que el señor JUAN CARLOS ejercía sus funciones como vendedor dentro de una sala de ventas en dicha sede o en ocasiones en playas de venta por fuera de las instalaciones, portando uniforme con el logo de AUTOMARCALI y de SOCIAL CTA; que los elementos utilizados por el señor JUAN CARLOS eran de AUTOMARCALI puesto que SOCIAL no tenía nada en esas instalaciones; que los vehículos que el señor*

JUAN CARLOS vendía eran de AUTOMARCALI y por ende era quien se beneficiaba de dicha ventas; que los vendedores entre ellos JUAN CARLOS tenían unas reuniones diarias con la Gerencia Comercial ventas de AUTOMARCALI o a veces con la Gerencia General de esa empresa, para que les impartan directrices para el cumplimiento de metas, pero algunas ordenes o llamados de atención que se le daban a los vendedores las daba la CTA por instrucciones mismas de AUTOMARCALI, situación que le consta porque en varias ocasiones asistió a esas reuniones; que los horarios de trabajo de los vendedores era de lunes a sábado de 7 a.m. a 6 p.m. y algunos domingos cuando tenían que ir a playas de ventas o a otras ciudades, cuyas programaciones las hacía el Gerente Comercial.

Por su parte el declarante GERMAN ARENAS GARCIA, expuso que: *es el contador de AUTOMARCALI desde hace 13 años desde junio de 2004; que el señor JUAN CARLOS PALACIOS prestaba sus servicios de asesor de ventas por intermedio de la CTA SOCIAL en las instalaciones de AUTOMARCALI; que el señor JUAN CARLOS y los demás vendedores tenían sus puestos de trabajo con escritorios y equipos los cuales eran de propiedad de AUTOMARCALI; que el principal beneficiado con la venta de los vehículos era AUTOMARCALI, pues su actividad comercial era la comercialización de carros nuevos y usados; que es AUTOMARCALI quien determina a través de sus Gerentes Comerciales los precios, descuentos y comisiones mensuales de los vehículos; sin que tenga conocimiento de cómo se impartían las directrices a los vendedores entre ellos al señor JUAN CARLOS; que como contador tiene conocimiento que el pago de las comisiones por ventas se hacían por medio la CTA SOCIAL quien le comunicaba a AUTOMARCALI que tal vendedor había comisionado tanto dinero para determinado mes, comisiones que eran generadas por los asociados a dicha CTA, es decir que los servicios que prestaba los asociados se cobraban por intermedio de la CTA; que el señor JUAN CARLOS cuando renunció ya estaba vinculado directamente a AUTOMARCALI y antes de ello era asociado de la CTA y prestaba sus servicios de venta de vehículos; que el señor JUAN CARLOS como socio de la CTA hacía uso de las oficinas y demás elementos que eran de propiedad de AUTOMARCALI puesto que la CTA tenía su oficina por fuera de las instalaciones de la empresa.*

El señor DIEGO OROZCO adujo al rendir su testimonio que: *laboraba en AUTOMARCALI desde el año 1990 hasta enero de 2011 como vendedor de vehículos nuevos y usados,*

donde conoció al señor JUAN CARLOS PALACIOS quien también era vendedor de vehículos desde el año 2001; que por lo general a diario se organizaban unas reuniones con todos los vendedores incluyendo el señor JUAN CARLOS PALACIOS y los Gerentes Comercial y General de AUTOMARCALI, en donde se tocaban puntos sobre las metas de ventas; que se veía todos los días con el señor JUAN CARLOS PALACIOS en AUTOMARCALI, quien inicio vinculación por intermedio de la CTA SOCIAL y luego directamente con AUTOMARCALI, siendo su principal actividad la venta de vehículos usados; que la remuneración que ellos recibían era por comisiones por las ventas que efectuaban cuyos porcentajes eran fijados por el Gerente Comercial o el General, así como los incentivos por las ventas de algunas clases de carros; que ellos hacían uso de unos uniformes con el logo de AUTOMARCALI cuando ejercían las actividades como vendedores en las instalaciones de dicha empresa o en ocasiones en playas de ventas por fuera de ella; que estuvo afiliado a CARVALLE antes de estar afiliado a SOCIAL CTA al igual que el señor JUAN CARLOS PALACIOS así como todos los demás vendedores, pero todo se manejaba por intermedio de AUTOMARCALI; que los honorarios que ellos recibían por la venta de los vehículos eran cancelados por las CTA mediante papelería que contenía los logos de la misma.

El declarante DIEGO MEDINA VALENCIA por su parte expresó que: *fue asesor comercial de vehículos nuevos de AUTOMARCALI desde el año 1989 hasta el año 2008, en donde conoció al señor JUAN CARLOS PALACIOS, quien también ingresó a laborar allí como asesor de vehículos usados en el año 2001; que por la venta de los vehículos vendidos se ganaban unas comisiones según unas tablas con unos porcentajes y algunos incentivos por cumplimiento de metas, los cuales eran fijados por la Gerencia Comercial de AUTOMARCALI; que las labores de vendedores de vehículos sean nuevos o usados siempre eran desempeñadas en AUTOMARCALI ubicada en la Carrera 70 con Pasoancho de la ciudad de Cali; que los elementos de trabajo con los que contaban para la labor de vendedores tales como escritorios, papelería, computadores y demás, eran suministrados por AUTOMARCALI, además de su sala de ventas en donde estaban sus vehículos para demostración; que cumplían un horario de planta desde las 7 a.m. para ingresar a las reuniones y la salida dependía de la atención a los clientes, pero la misma podía extenderse por fuera de lo estipulado y los días sábados también, inclusive a veces les tocaba ir a*

playas de ventas en centros comerciales, empresa y colegios dentro y por fuera de la ciudad, lo cual era coordinado y organizado con el Gerente de Ventas de AUTOMARCALI; que AUTOMARCALI era quien les suministraba a ellos como vendedores las camisas y camibusos los cuales tenían el logo de dicha empresa así como de la CTA.

El demandante JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON, al absolver interrogatorio de parte expresó: *que estuvo afiliado a la EAT CARVALLE desde el año 2001 y hasta el 2004, interregno temporal en el que no se le efectuó aportes a la seguridad social; que para el año 2004 AUTOMARCALI les exigió a los trabajadores de la misma, que debían estar afiliados a dos cooperativas de trabajo asociado CARVALLE y SOCIAL CTA, siendo obligatorio afiliarse a aquellas para continuar laborando en la empresa; que pago por la venta de vehículos se efectuaba por parte de dichas CTA, pero previo a ello ellos tenían que enviar una cuenta de cobro la cual era presentada inicialmente a AUTOMARCALI para su revisión y luego ésta era enviada a SOCIAL CTA; que la empresa AUTOMARCALI le dio dotación de camisas y camibusos con el logo de la empresa y de SOCIAL CTA, así como también le daba toda la papelería con la que desarrollaban su trabajo como vendedor.*

El representante legal de AUTOMARCALI, expuso al absolver interrogatorio de parte: *que ejerció labores como representante de la empresa durante los años 2001 a 2011 de diferente naturaleza; adujó que para ese momento histórico el concesionario tercerizó uno de sus procesos de comercialización para lo cual contrató externos, quienes a su vez contrataron cooperados; que al interior del concesionario de efectuaban reuniones estratégicas pues el contrato de prestación de servicios establece que se nombra un interventor por parte del concesionario para realizar actividades que tienen que ver con calidad de servicio mismo, delegado que invitaba a dichas reuniones a los asociados a la CTA misma, respecto de lo preguntado sobre si era AUTOMARCALI quien fijaba las tasas de porcentajes de comisiones por ventas de vehículos, respondió que no para los cooperados, puesto que existía un contrato de prestación de servicios entre la CTA y el concesionario en donde siempre se buscaba un gana gana entre ambas partes para ese tema de los porcentajes; que los costos que se generaban por las ventas de vehículos en otras ciudades o playas eran asumidas por la CTA producto del contrato de prestación de servicios que se firmó con aquella; que acepta que AUTOMARCALI le entregó al actor camisas para la venta de vehículos dentro y fuera de*

las instalaciones de la empresa, pero ello aconteció para dar cumplimiento al aludido contrato de prestación de servicios, resaltando que solo fue para dar una publicidad al concesionario; que en el desarrollo del contrato de prestación de servicio suscrito entre la CTA y el concesionario, si bien se contrataron por parte del primero unos cooperados para que prestaran sus servicios para el proceso tercerizado de comercialización de vehículos, ello se hizo en uso de un comodato o préstamo de uso que le permitía ubicar su stan de vendedores dentro de las instalaciones de AUTOMARCALI; que la actividad de comercialización e vehículos adelantada por el señor JUAN CARLOS PALACIOS consistía en promover las ventas de vehículos nuevos marca Chevrolet nuevos y promover las ventas de vehículos usados de diferentes marcas; que el objeto principal de AUTOMARCALI fue inicialmente taller, luego compra, venta, importación y exportación de vehículos, resaltando que hubo una época en que la Ley permitía tercerizar los procesos de compra y venta con CTA, pero hoy las normas han cambiado y ya se habla de procesos misionales temporales.

Del anterior análisis de las pruebas tanto documentales como testimoniales recaudadas en el trámite de primera instancia, se logra evidenciar como primera medida que el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON prestó personalmente sus servicios como vendedor de vehículos usados y nuevos en favor de la empresa demandada AUTOMARCALI S.A. hoy S.A.S., situación de la cual dan fe los testigos que rindieron declaración ante el A quo, quienes tenían un rol similar al que tuvo el actor e incluso empleados directos de la sociedad demandada en mención.

Esa prestación personal del servicio, se llevó a cabo por el actor no sólo en las instalaciones principales de AUTOMARCALI S.A.S, ubicada en la ciudad de Cali en la Carrera 70 con Pasoancho, sino que también se desarrolló por fuera de la misma, en las denominadas playas de venta que la misma empresa organizaba en Centros Comerciales, ciudades aledañas, grandes empresas e incluso colegios del sector, pero siempre en pro o en beneficio de la aludida empresa.

Ahora bien, no sobra recalcar que si bien el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON, tuvo inicialmente una vinculación con las EAT CARVALLE y SOCIAL CTA, para prestar a través de ellos las actividades de asesor comercial en AUTOMARCALI, a través de sendos

convenios de asociación, los mismos tuvieron como objeto principal el cumplimiento de las mismas tareas y actividades que aquel ejerció cuando estuvo vinculado directamente con tal empresa, en el período comprendido entre el 17 de agosto de 2010 al 18 de abril de 2011, pues tan sólo basta con confrontar lo enunciado en los objetos de dichos convenios asociativos, con lo plasmado en la descripción del cargo de asesor comercial, expedido por dicha empresa en agosto de 2010, (01Exp76001310501020140015000Cuaderno1 – fls 55-59) máxime que los declarantes que fueron compañeros de trabajo del actor durante varios años, manifestaron sin dubitación alguna el rol ejercido por aquel como asesor comercial de vehículos para la empresa en mención, es decir realizada por sí mismo.

Adicional a lo anterior, se observa por parte de la Sala que el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON, para el ejercicio de esa actividad de asesor comercial o vendedor de vehículos, tenía que cumplir con un horario de planta, el cual era impuesto por la empresa usuaria, en este caso AUTOMARCALI, pues así se evidencia no sólo de la documental antes analizada, sino de lo relatado nuevamente por los que fueron compañeros de trabajo del actor, quienes al unísono manifestaron que a diario se hacían reuniones de carácter obligatorio con los Gerentes Comercial y algunas ocasiones con el General a primera hora del día, para la socialización de las metas a cumplir en el mes, impartir instrucciones e incluso comunicar incentivos relacionados con la comercialización de vehículos, situaciones que permiten colegir una subordinación del aquí demandante frente a la empresa AUTOMARCALI S.A.S. en cuanto en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, siendo además dicha empresa quien le suministraba al aquí demandante los elementos de trabajo necesarios para el ejercicio de sus labores, amén de que los vehículos objeto de compra y venta eran de propiedad de la aludida empresa y no de las CTA o de la EAT llamadas a juicio.

No pasa por alto esta Corporación, que también se evidencia en el proceso unos memorandos dirigidos y comunicados al actor por parte de la CTA SOCIAL, relativos a la prestación de sus servicios como asesor comercial, para las fechas en que dicha CTA tenía acordada la prestación de servicios con AUTOMARCALI S.A.S., precisamente para el manejo de esa parte de la operación ordinaria de la aludida empresa, como lo es la compra y venta de vehículos, lo que se también se traduce en una subordinación frente al aquí

demandante, pues dichos memorandos tenían que ver directamente con la actividad principal desarrollada por el señor PALACIOS CALDERON, actividad que favorecía directamente a la sociedad AUTOMARCALI S.A.S., pues fácil resulta corroborar con los certificados de existencia y representación de la CTA y de dicha empresa, que una de las actividades comerciales de ésta última resulta ser la de; *compra, venta, importación, distribución y reparación de vehículos automotores, maquinaria agrícola e industria,* diferente del objeto social de la CTA el cual es de; *generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria con autonomía autogestión y autogobierno.* (01Exp76001310501020140015000Cuaderno1 – fls 40-54)

Cabe resaltar igualmente que el mismo representante legal de la demandada AUTOMARCALI S.A.S, en su interrogatorio de parte aceptó que en una época el concesionario tercerizó uno de sus procesos de comercialización para lo cual contrató externos, quienes a su vez contrataron cooperados para que éstos prestaran sus servicios para el proceso tercerizado de comercialización de vehículos, situación que afianza aún más la existencia de una verdadera relación laboral frente al trabajador JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON para con la empresa usuaria AUTOMARCALI S.A.S, pues suficientemente probados se encuentran por la parte actora dos de los 3 elementos establecidos en el artículo 23 del C.S.T., como lo son la actividad personal y la subordinación, sin que la parte demandada hubiese logrado desvirtuar este último de los elementos, sin que resulte necesario entrar a discutir a fondo lo relativo a la remuneración del señor PALACIOS CALDERON, ello en virtud no solo se la presunción contenida en el artículo 24 del mismo Estatuto Sustantivo del Trabajo, sino por lo expuesto en artículo 145 de la misma obra, que permite presumir que todo trabajador devenga por lo menos el salario mínimo mensual legal vigente.

Así las cosas, se ha de declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON y AUTOMARCALI S.A.S, en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la formalidad, señalado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia y a la luz del artículo 47 del CST, que expresa que *"el contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un*

trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido"; imponiéndose como extremos laborales los señalados por el A quo al no haber discusión alguna frente a dicho tópico, esto es, desde el 1° de marzo de 2001 al 18 de abril de 2011. Punto de la decisión que ha confirmarse.

DEL PROMEDIO DE LOS SALARIOS

El A quo en su decisión, consideró para los años 2001, 2002, 2003 y primer semestre del año 2004, tener en cuenta el equivalente a un salario mensual legal mínimo vigente para cada anualidad más el auxilio de transporte, por cuanto no se acreditó a través de prueba alguna, que ilustrase pago alguno a favor del actor al respecto, y a partir del 1° de julio de 2004 y en adelante, tuvo en cuenta los pagos de comisiones efectuados al demandante por su actividad personal, realizando la correspondiente operación aritmética para promediar el salario, obteniendo unos valores que a consideración de la Sala resultan ajustados a derecho, puesto que en efecto no se cuenta con documental en el plenario que ilustre a la Sala, sobre los pagos efectuados al señor PALACIOS CALDERON por parte de la EAT CARVALLE y SOCIAL CTA como remuneración por sus servicios prestados como asesor comercial, durante el interregno comprendido entre los años 2001 al primer semestre de 2004, por lo que debe aplicarse lo previsto en el artículo 145 del CST y tomar en cuenta para tales periodos el equivalente a un salario mensual legal mínimo vigente para cada anualidad.

Por el contrario, si se cuenta en el proceso con los desprendibles de pago de compensaciones a nombre del actor, a partir del mes de julio de 2004 y adelante, y que reposan a folios 153 a 233 y 67 a 128 de los archivos (01Exp76001310501020140015000Cuaderno1 y 02Exp76001310501020140015000Cuaderno2) respectivamente, documental que le permitió al A quo efectuar los cálculos de los promedios salariales del demandante, como se observa en el archivo (19LiquidaciónsalarioPromedio) reiterándose por parte de esta Corporación, de los mismos se encuentran ajustados a derecho, por lo que no es de recibo lo manifestado en la censura impuesta por la parte actora contra la decisión de primer grado.

DE LAS PRESTACIONES SOCIALES y VACACIONES

Determinada entonces la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el actor y la sociedad AUTOMARCALI S.A.S, desde el desde el 1° de marzo de 2001 al 18 de abril de 2011, procede la Sala a verificar la procedencia de las prestaciones sociales tales como cesantías, intereses de las cesantías y primas de servicios, así como las vacaciones reclamadas por el actor, para lo cual se debe advertir que, encontrándose el contrato laboral vigente y hasta el momento de su terminación el empleador está en la obligación de liquidar y pagar al trabajador todas las prestaciones laborales establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo, y de las cuales no se encuentra demostrado por ninguna de las llamadas a juicio, que se hubiesen cancelado al señor JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON durante el periodo reclamado.

Con la advertencia de que el interregno temporal comprendido entre el 17 de agosto de 2010 al 18 de abril de 2011, cuando el actor tuvo vinculación directa con la demandada AUTOMARCALI, existe prueba documental que demuestra el pago de dichos emolumentos a favor del aquí demandante, debiéndose tener en cuenta dichos pagos al momento de calcular cada acreencia laboral, así como la excepción de prescripción que el A quo declaró parcialmente probada respecto de los intereses de las cesantías y primas de servicio con anterioridad al 1° de enero de 2008 y de las vacaciones contada desde el 1° de marzo de 2004 hacía atrás, situación última que debe dejarse incólume, al no haber sido objeto de censura por ninguna de las partes, como pasa a verse a continuación:

PERIODO CAUSACION		DIAS LABORADOS	SALARIO PROMEDIO	TOTAL CESANTIAS
DESDE	HASTA			
1-mar.-01	31-dic.-01	300	$ 316,000	$ 263,333
1-ene.-02	31-dic.-02	360	$ 343,000	$ 343,000
1-ene.-03	31-dic.-03	360	$ 369,500	$ 369,500
1-ene.-04	31-dic.-04	360	$ 5,863,987	$ 5,863,987
1-ene.-05	31-dic.-05	360	$ 4,138,796	$ 4,138,796
1-ene.-06	31-dic.-06	360	$ 2,797,915	$ 2,797,915
1-ene.-07	31-dic.-07	360	$ 4,206,418	$ 4,206,418
1-ene.-08	31-dic.-08	360	$ 2,265,164	$ 2,265,164
1-ene.-09	31-dic.-09	360	$ 2,014,625	$ 2,014,625
1-ene.-10	31-dic.-10	360	$ 2,797,915	$ 2,797,915
1-ene.-11	18-abr.-11	107	$ 5,414,506	$ 1,609,312
AUXILIOS DE CESANTIAS				$ 26,669,965
VALOR PAGADO POR AUTOMARCALI				$2,372,815
DIFERENCIA ADEUDADA				**$24,297,150**

PERIODO CAUSACION		DIAS LABORADOS	CESANTIAS	TOTAL INTERESES
DESDE	HASTA			
1-ene.-08	31-dic.-08	360	$ 2,265,164	$ 271,820
1-ene.-09	31-dic.-09	360	$ 2,014,625	$ 241,755
1-ene.-10	31-dic.-10	360	$ 2,797,915	$ 335,750
1-ene.-11	18-abr.-11	107	$ 1,609,312	$ 57,399
TOTALES INTERESES DE LAS CESANTIAS				$906,723
VALOR PAGADO POR AUTOMARCALI				$134,716
DIFERENCIA ADEUDADA				**$772,007**

PERIODO CAUSACION		DIAS LABORADOS	SALARIO PROMEDIO	TOTAL PRIMAS DE SERVICIO
DESDE	HASTA			
1-ene.-08	30-jun.-08	180	$ 2,265,164	$ 1,132,582
1-jul.-08	31-dic.-08	180	$ 2,265,164	$ 1,132,582
1-ene.-09	30-jun.-09	180	$ 2,014,625	$ 1,007,313
1-jul.-09	31-dic.-09	180	$ 2,014,625	$ 1,007,313
1-ene.-10	30-jun.-10	180	$ 2,797,915	$ 1,398,958
1-jul.-10	31-dic.-10	180	$ 2,797,915	$ 1,398,958
1-ene.-11	18-abr.-11	107	$ 5,414,506	$ 1,609,312
TOTALES PRIMAS DE SERVICIO				$8,687,016
VALOR PAGADO POR AUTOMARCALI				$851,713
DIFERENCIA ADEUDADA				**$7,835,303**

PERIODO CAUSACION		DIAS LABORADOS	SALARIO PROMEDIO	TOTAL VACACIONES
DESDE	HASTA			
1-mar.-04	1-mar.-05	360	$ 5,154,638	$ 2,577,319
2-mar.-05	1-mar.-06	360	$ 4,138,796	$ 2,069,398
2-mar.-06	1-mar.-07	360	$ 4,206,418	$ 2,103,209
2-mar.-07	1-mar.-08	360	$ 2,265,164	$ 1,132,582
2-mar.-08	1-mar.-09	360	$ 2,014,628	$ 1,007,314
2-mar.-09	1-mar.-10	360	$ 2,797,915	$ 1,398,958
2-mar.-10	1-mar.-11	360	$ 5,414,506	$ 2,707,253
2-mar.-11	18-abr.-11	46	$ 5,414,506	$ 345,927
TOTAL VACACIONES				$13,341,959
VALOR PAGADO POR AUTOMARCALI				$1,150,468
DIFERENCIA ADEUDADA				$12,191,491

De las anteriores liquidaciones efectuadas por la Sala, se evidencia que los valores calculados por el A quo relativos al auxilio de cesantía, intereses de las mismas y primas de servicios se encuentran ajustados a derecho, con excepción de las vacaciones, las que para la Sala arrojaron un valor superior al calculado en primera instancia, empero en vista del principio de la *non reformatio in peius,* debe dejarse el valor de la condena impuesta por dicho concepto.

DE LA SANCIÓN MORATORIA POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS ANTE UN FONDO

En atención al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria se genera por la falta de consignación oportuna de las cesantías causadas al 31 de diciembre de cada anualidad, y la omisión en el cumplimiento de este mandato legal, genera una sanción al empleador, consistente en un día de salario por cada día de retardo, el que se cuantifica hasta la terminación del contrato, así lo ha precisado en varios pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre la que podemos destacar la sentencia con Rad. 46150 de 2014.

Además, nuestro órgano de cierre, en sentencia del 24 de abril de 2012, radicación 36.167, respecto de esta temática señaló:

> *"Ahora bien, es equivocado afirmar, como lo hizo el Tribunal, que "…no se logró demostrar la mala fe patronal…", porque el mencionado artículo 65 del CST no establece una presunción de buena fe del empleador que no paga, ni tampoco la contraria, que alega la censura, simplemente dicha disposición establece que, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no soluciona lo que le adeuda a su trabajador, debe ser sancionado de acuerdo a lo allí dispuesto, de donde, conforme a la carga de la prueba que establece el artículo 177 del CPC, le corresponderá a éste último (el trabajador) demostrar que existe un crédito insoluto a su favor y, a aquél (el empleador), que pagó o, en caso contrario, que existen circunstancias atendibles que le impidieron hacerlo, toda vez que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."*

En tal sentido, le corresponde a esta Sala determinar si se logró demostrar la existencia de un crédito insoluto a favor del ex trabajador y si por su parte el empleador, logró acreditar que pagó o que existen circunstancias que justifiquen su conducta, para exonerarlo de la imposición de la condena por indemnización moratoria que reclama el actor.

En el sub lite, se tiene demostrado que al actor se le adeudan las cesantías reclamadas desde el desde el 1° de marzo de 2001 al 18 de abril de 2011, las que se causaron en virtud de la existencia del contrato de trabajo a término indefinido aquí verificado con la demandada AUTOMARCALI S.A.S., sin que se hubiese demostrado como se dijo en líneas precedentes,

que ninguna de las llamadas a juicio hubiese consignado las cesantías ante un fondo destinado para ello. Por consiguiente, el demandante al haber demostrado la existencia de un crédito insoluto a su favor y la parte pasiva de la Litis no expuso circunstancias atendibles de la omisión de acatamiento de la norma antes citada, surge el reconocimiento de la indemnización moratoria reclamada.

Antes de entrar a determinar el valor de la sanción deprecada, debe resaltarse que el A quo consideró que dicha sanción se encontraba afectada igualmente por el fenómeno de la prescripción contada desde el 1° de enero de 2008 hacia atrás, situación que se reitera al no haber sido objeto de censura por ninguna de las partes deje dejarse incólume, por lo que entra la Sala a verificar el valor por dicha condena a partir de tal calenda y hasta las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 2010, la que asciende a la suma de **$57.326.353**, según los siguientes cálculos:

PERIODO CAUSACION CESANTIAS		FECHA LIMITE CONSIGNACION CESANTIAS	FECHA HASTA CUANDO SE LIQUIDAN LOS DIAS DE MORA	DIAS EN MORA	SALARIO PERCIBIDO	INDEMNIZACION
DESDE	HASTA					
1-ene.-08	31-dic.-08	15-feb.-09	14-feb.-10	360	$ 2,265,164	$ 27,181,968
1-ene.-09	31-dic.-09	15-feb.-10	14-feb.-11	360	$ 2,014,625	$ 24,175,500
1-ene.-10	31-dic.-10	15-feb.-11	18-abr.-11	64	$ 2,797,915	$ 5,968,885
TOTALES AUXILIOS DE CESANTIAS						**$ 57,326,353**

Como bien se evidencia de los anteriores cálculos la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías ante un fondo, resulta inferior a la suma calculada por el A quo de $137.030.520, pues aquel contabilizó una mora superior para la consignación de las cesantías causadas en el año 2010, la que inicia a partir del 15 de febrero de 2011, pues el plazo determinado en la Ley, tiene como fecha límite los 14 de febrero de cada anualidad, y hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo, esto es, el 18 de abril de 2011. Igualmente, no se podía contabilizar el periodo de cesantías causado en la fracción del año 2011, puesto que el finiquito de la relación laboral se reitera se dio el 18 de abril de 2011, y por ende no inició la contabilización de la mora de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Punto de la decisión que ha de modificarse, al asistirle razón de forma parcial a la censura impuesta por la parte demandada contra la sentencia bajo estudio.

DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

El artículo 65 del CST dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudados, debe el primero sufragar al segundo, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses, contados desde la fecha de terminación del contrato, luego de lo cual deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta la fecha en que se verifique el pago.

Empero, si el trabajador no inicia su reclamación judicial por la vía ordinaria dentro los primeros 24 meses contados desde la terminación del contrato de trabajo, sólo tendrá derecho a los intereses moratorios, en la forma indicada, sobre lo adeudado por salarios y prestaciones sociales, entre la fecha de la desvinculación y la de su pago efectivo.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre, en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, ha establecido que, para la imposición de la sanción moratoria bajo estudio, ésta no tiene una aplicación automática, pues se debe en cada caso particular estudiar si la conducta del empleador estuvo o no asistida de la buena fe, particularidad que ambas llamadas a juicio alegan en sus recursos de alzada.

En el caso que hoy ocupa a la Sala es claro no existe indicador de que las aquí demandadas hayan obrado de esa manera, pues para el efecto quedó acreditado que la forma de vinculación laboral del actor a través de las EAT y CTA, atentó contra su derecho a la estabilidad en el empleo y en un total ejemplo de *"tercerización laboral"*, y con ello, pretender evadir la aplicación de las disposiciones que regulan la materia laboral.

Como la demanda se radicó el 21 de marzo de 2014, esto es, por fuera de los 24 meses posteriores a la terminación del contrato, que fue el 18 de abril de 2011, se adeudan al actor los intereses moratorios desde dicha calenda a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre lo adeudado por concepto de cesantías y primas de servicio, hasta la fecha de su pago efectivo. Punto de la decisión que ha de confirmarse.

DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

En torno a la indemnización por despido sin justa causa, de que trata el artículo 64 del CST, el A quo consideró que hay lugar a la misma, en vista de que la causal dada por la empresa demandada al actor para dar por terminado su contrato de trabajo, no se encuentra enlistada dentro de las establecidas en la Ley para ello, consideración que la Sala comparte pues basta con remitirse a la comunicación que el señor PALACIOS CALDERON recibió de la sociedad AUTOMARCALI S.A.S., el día 18 de abril de 2011, en la que claramente le expresan que le cancelarían la indemnización de Ley por tal terminación de su contrato.

Así las cosas, se debe imponer contra la empresa AUTOMARCALI S.A.S., la indemnización por despido sin justa causa deprecada, teniendo en cuenta para ello el interregno temporal en el que se desarrolló el contrato de trabajo con el aquí demandante, cuya duración fue desde el desde el 1° de marzo de 2001 al 18 de abril de 2011, indemnización que asciende a la suma de $26.717.871, suma superior a la calculada por el A quo de $24.913.036, empero en vista de que la parte actora no censuró tal punto de la decisión de primer grado, debe en consecuencia dejarse intacto el valor de la condena impuesta a la sociedad demandada.

DESDE	HASTA	TOTAL DIAS	DIAS INDEMNIZACION	SALARIO	TOTAL INDEMNIZACION
1-mar.-01	28-feb.-02	360	20	$ 5,414,506	$ 5,414,506
1-mar.-02	28-feb.-11	3238	135	$ 5,414,506	$ 24,365,277
1-mar.-11	18-abr.-11	48	2.	$ 5,414,506	$ 360,967
TOTAL INDEMNIZACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA					$30,140,750
VALOR CANCELADO POR AUTOMARCALI					$3,422,879
DIFERENCIA ADEUDADA					**$26,717,871**

Finalmente, en lo que hace a la indexación de las acreencias laborales tales como vacaciones, intereses a las cesantías e indemnización por despido injusto, ordenada por el A quo en su decisión, la misma tiene razón de ser a fin de contrarrestar el fenómeno de la devaluación de la moneda que permea la economía de nuestro país, por lo que deberá confirmarse la misma.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por el apoderado de la parte actora como alegatos de conclusión.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AUTOMARCALI S.A.S. y a favor del promotor del litigio, fíjense como agencias en derecho el equivalente a 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el literal e) del numeral 3 de la sentencia número 034 del 12 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad **AUTOMARCALI S.A.S.**, a pagar al señor **JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON,** la suma de **$57.326.353**, por concepto de sanción moratoria por la no consignación de las cesantías ante un Fondo destinado para tal fin.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia número 034 del 12 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de AUTOMARCALI S.A.S. y a favor del promotor del litigio, fíjense como agencias en derecho el equivalente a cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali) y a los correos personales de los apoderados judiciales de las partes.

DEMANDANTE: JUAN CARLOS PALACIOS CALDERON
APODERADO: JHON JAIRO CAMACHO BARCO
JHONCA259@HOTMAIL.COM

DEMANDADO: AUTOMARCALI S.A.S.
MRESTREPO@AUTOMARCALI.COM
APODERADA: ASTRID VERONICA VIDAL
VVIDAL.VVL@GMAIL.COM
LFARANA@UNE.NET.CO

DEMANDADO 2: SOCIAL CTA
gerencia@socialcta.com
APODERADO: GUILLERMO LIS CHAUX

LITIS: CARVALLE EAT EN LIQUIDACION
CURADOR: CARLOS MARIO BOLAÑOS SALAS
cmariobalanos@yahoo.es

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 010-2014-00150-01