El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la respectiva Secretaría de la Corporación.

**Providencia :** Sentencia del 7 de septiembre de 2018

**Radicación No.:** 66001-31-05-005-2014-00717-02

**Proceso :** Ordinario laboral

**Demandante :** Irene Giraldo Gómez

**Demandado :** Nestlé de Colombia S.A. y otras

**Juzgado :** Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**M.P. :** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Temas: TERCERIZACIÓN LABORAL O SUBCONTRATACIÓN / SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD E INTERRUPCIÓN DE LOS CONTRATOS PACTADOS POR UN INTERREGNO, CONDICIÓN O PLAZO DETERMINADO / PRESCRIPCIÓN RESPECTO DE CADA CONTRATO.**

COMPLEMENTACIÓN DE LA SENTENCIA: Para resolver sobre las indemnizaciones por mora y por no consignación de cesantías. Se concede la primera porque no demostró el empleador causa que permitiera exonerarlo de la misma. Se deniega la segunda porque las empresas intermediarias consignaron oportunamente las cesantías en el respectivo fondo.

**…** de acuerdo a lo previsto en el artículo 63 del Decreto 1429 de 2010, la tercerización o subcontratación laboral ilegal se presenta cuando una institución y/o empresa pública y/o privada vincula personal para el desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de cooperativas de servicio de trabajo asociado que hagan intermediación laboral o bajo alguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes. De ello igualmente se infiere que una empresa tampoco puede vincular trabajadores para el desarrollo de actividades misionales permanentes (o inherentes a su objeto social) a través de otras empresas que hagan intermediación laboral, cuando con ello se vean afectados los derechos laborales de dichos trabajadores.

… en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado (o sometidos al cumplimiento de una condición) en los que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, durante el cual el contratista deja de ejecutar el servicio, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, bajo el entendido de que no hubo uno, sino varios contratos mediados por interregnos o lapsos en los que el prestador del servicio no tuvo vinculación jurídica alguna con el contratante. Es decir, cuando se habla de solución de continuidad en materia laboral, se ha de entender que existe una interrupción, un espacio, un vacío, o en otras palabras, que entre una relación laboral y otra existió un lapso en que no hubo vinculación jurídica ni real alguna entre las partes, salvo cuando dichas interrupciones son cortas, caso en el cual la jurisprudencia ha dicho que no queda desvirtuada la unidad contractual. Para mencionar un caso, en la sentencia SL-1148-2016 del 27 de enero de 2016, la Corte Suprema consideró que una interrupción por diez (10) días NO era lo suficientemente larga para darle solución de continuidad al contrato.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Septiembre 7 de 2018)**

**Sistema oral - Audiencia de juzgamiento**

Siendo las \_:\_. de hoy, 7 de septiembre de 2018, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **IRENE GIRALDO GÓMEZ** en contra de la sociedad **NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.** y las sociedades **IMPULSO Y MERCADEO S.A.** **–EN LIQUIDACIÓN-**, **EFICACIA S.A.**, **LISTOS S.A.** y **VISIÓN & MARKETING S.A.** Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Parte demandante… Parte demandada…

**Alegatos de conclusión**

Con fundamento en el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Parte demandante… Parte demandada…

**SENTENCIA:**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a agotar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito Pereira el 6 de diciembre de 2016, como quiera que la misma no fue apelada y resulta totalmente adversa a las pretensiones de la demanda incoada por el trabajador.

**I – ANTECEDENTES**

La señora **IRENE GIRALDO GÓMEZ** pretende que la justicia laboral acceda a las siguientes **declaraciones:** **1)** que declare la existencia de un contrato de trabajo entre ella y la empresa NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. “INPA”, que tuvo lugar desde el 8 enero de 1991 y que culminó el 20 de junio de 2014; **2)** que se declare la ineficacia e ilegalidad de los contratos que durante ese interregno suscribió con IMPULSO Y MERCADEO LTDA (hoy IMPULSO Y MERCADEO S.A.), EFICACIA S.A., VISIÓN MARKETING S.A.S., LISTOS S.A.S. y EXTRAS S.A.; por no cumplir con las exigencias de la Ley 50 de 1990 para los casos excepcionales en que puede contratarse una intermediaria laboral por parte de **NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.**; **3)** que se declare que tanto la empleadora como las citadas intermediarias son responsable solidarias de las acreencias derivadas del vínculo laboral, y que la codemandada NESTLÉ S.A. es la única responsable del pago de las cesantías, al tenor del artículo 254 del C.S.T.; **4)** que se declare que el contrato finalizó de manera unilateral e injusta por la empleadora y que se adeudan los aportes pensionales correspondientes a los ciclos de mayo a septiembre de 1999, febrero de 2001, 15 días del mes de enero de 2003, una semana del mes de diciembre de 2004, 15 días del mes de marzo de 2006, 15 días del mes de enero de 2007 y 23 días del mes de octubre de 2007.

En consecuencia, reclama que se **condene** a las demandadas, básicamente: **1)** al pago de la liquidación y del reajuste salarial retroactivo desde el 8 de enero de 1991 y hasta el 20 de junio de 2014, con base en el IPC de dicho año, actualizado en la fecha en que se haga efectivo el pago; **2)** al pago de las cesantías, de la indemnización por despido injusto y los aportes pensionales adeudados.

En sustento de tales pretensiones, aduce que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa IMPULSO y MERCADEO -el cual fue firmado el 8 de enero de 1991- y que en virtud del mismo, desempeñó el cargo de mercaderista de productos NESTLÉ y como tal se ocupó, entre otras tareas, de organizar el surtido y los productos de la marca, revisar fechas de vencimiento, y en general, de impulsar los productos alimenticios de NESTLÉ en distintos supermercados de la ciudad; para ello cumplía el horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., en jornadas de lunes a sábado, con una hora de almuerzo, laborando además dos domingos al mes.

Señala asimismo, que cumplía órdenes del supervisor y de vendedores de NESTLÉ, a quienes se encontraba subordinada, recibiendo, igualmente, capacitaciones e inducciones para la adecuada prestación del servicio por parte de personal de NESTLÉ DE COLOMBIA, quienes a su vez impartían instrucciones de la labor a desempeñar y, que, además, portaba uniformes con distintivos de NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.

En cuanto al salario, señaló que este era variable, correspondiendo al salario mínimo mensual, más auxilio de transporte, de alimentación, de movilización, horas extras y recargos dominicales, por lo que ganaba más de un salario mínimo cada mensualidad.

Indicó igualmente que el 31 de diciembre de 2003 **IMPULSO y MERCADEO S.A.** dio por terminado el contrato de trabajo a término indefinido, pese a lo cual siguió prestando el servicio sin modificación alguna de sus funciones.

Que extrañamente, en el mes de diciembre de 2003 (y por un solo ciclo), aparece cotizando a su favor la empresa **VISIÓN marketing S.A.S.** y que desde el 1º de enero de 2004, fue afiliada a seguridad social por la empresa **EFICACIA S.A.**, afiliación que perduró hasta el 31 de diciembre de 2006, esto pese a que solo hasta el 4 de abril de 2006, le fue entregado para su firma el contrato por “duración de la obra o labor” con **EFICACIA S.A.**

A reglón seguido, informa que desde el 1º de enero de 2007 fue afiliada al Sistema de Seguridad Social por parte de la empresa **EXTRAS CALI LTDA**, afiliación que perduró hasta el 31 octubre de ese mismo año, fecha a partir de la cual fue nuevamente afiliada por la empresa **VISIÓN Y MARKETING LTDA**, con quien continuaría afiliada hasta el 1º de febrero de 2009. Indica que esta última emitió un certificado el *7 de mayo de 2014*, en el que ella se encontraba laborando en la empresa desde el 1º de enero de 2007, por lo que resulta extraño que los aportes a seguridad social se registren a nombre de **EXTRAS CALI LTDA** entre el 1º de enero y el 31 de octubre de 2007 y entre el 2 de febrero de 2009 y el 28 de mayo de 2010 por **LISTOS S.A.** Refiere que el último contrato que le hicieron firmar data del 21 de junio de 2010, pero que siempre desarrolló la misma actividad, sin interrupción, a favor de NESTLÉ COLOMBIA S.A.

Anota finalmente, que el 7 de mayo de 2014, le notificaron que su contrato finalizaría a partir del 20 de junio del mismo año y aunque la segunda semana de julio le consignaron una suma de dinero, cuyo monto no determinó, no le ha sido presentada liquidación alguna.

En respuesta a la demanda, **NESTLE DE COLOMBIA S.A.** anunció su oposición a las pretensiones de la demanda, toda vez que entre la empresa y la demandante jamás existió vínculo laboral alguno. Subrayó igualmente, que la demandante confesó en la demanda haber sido empleada de las codemandadas: IMPULSO Y MERCADEO LTDA, VISIÓN Y MARKETING LTDA y EFICACIA S.A., quienes tuvieron relaciones comerciales con NESTLÉ, en virtud de contratos comerciales de prestación de servicios de impulso y mercadeo, y que en su calidad de contratistas independientes de NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., fueron verdaderos empleadores de la demandante. En cuanto a las demandadas LISTOS S.A. y EXTRAS S.A., indicó que con ellas jamás ha tenido relación comercial alguna. Seguidamente propuso como excepciones las denominadas “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, “inexistencia de relación laboral alguna entre NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. y la demandante”, “existencia de contrato comercial entre NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. y las empresas IMPULSO Y MERCADEO LTDA, VISIÓN Y MARKETING LTDA y EFICACIA S.A.”, “inexistencia de solidaridad en el pago de salarios prestaciones e indemnizaciones por parte de NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.”, “buena fe”, “cobro de lo no debido” y “prescripción”.

En cuanto al resto de las demandadas, **IMPULSO Y MERCADEO S.A.** **–EN LIQUIDACIÓN-**, **EFICACIA S.A.**, **LISTOS S.A.** y **VISIÓN & MARKETING S.A.**, reconocieron haber sido empleadoras de la demandante en distintos interregnos comprendidos entre el 14 de enero de 1991 y el 20 de junio de 2014. En orden cronológico, así:

* Con impulso y mercadeo S.A. entre el 14 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 2003.
* Con VISIÓN Y MARKETING S.A. entre el 16 de diciembre y el 25 de diciembre de 2003.
* Con EFICACIA S.A., cuatro contratos, así: del 1 de enero de 2004 al 25 de noviembre de 2004; del 13 de diciembre de 2004 al 15 de marzo de 2005; del 16 de marzo de 2005 al 15 de marzo de 2006 y del 04 de abril de 2006 al 31 de diciembre de 2006.
* Con VISIÓN & MARKETING S.A. del 3 de noviembre de 2007 al 1 de febrero de 2009.
* Con LISTO S.A. del 2 de febrero de 2009 al 28 de mayo de 2010.
* Y finalmente, de nuevo con VISIÓN & MARKETING S.A. del 21 de junio de 2010 al 21 de junio de 2014.

Todas ellas coinciden en afirmar, básicamente, que la demandante era mercaderista e impulsadora de productos alimenticios NESTLÉ S.A., empresa con quienes sostuvieron, en distintos momentos, relaciones de tipo comercial, en virtud de los cuales fueron contratadas para prestar servicios de apoyo a la comercialización, impulsión y degustación de productos NESTLÉ en puntos de venta (almacenes, supermercados, tiendas y grandes superficies), asumiendo dicha tarea con su propio personal, bajo su propia cuenta y riesgo, y con plena autonomía presupuestal y administrativa respecto a la empresa usuaria, por lo que actuaron como verdaderas empleadoras y contratistas independientes, y no como empresas de servicios temporales, como equivocadamente se sugiere en la demanda.

En cuanto a **EXTRAS S.A.,** en la contestación a la demanda indicó que entre la demandante y la empresa se suscribió un contrato de obra labor con fecha de iniciación el 16 de enero de 2007, el cual se extendió hasta el 10 de octubre del mismo año, con el objeto prestar sus servicios como merca-impulsadora al usuario **BELLEZA EXPRESS S.A.**, como consta en el contrato que se anexa como prueba documental. Indicó, además, que el 10 de octubre de 2007 la demandante presentó carta de renuncia, la cual le fue aceptada el mismo día.

De igual forma, todas las codemandadas, incluida **EXTRAS S.A.**, afirmaron enfáticamente encontrarse al día en el pago de los salarios y prestaciones sociales de ley a la demandante, y en cuanto a la terminación del contrato, **VISIÓN & MARKETING S.A.** advirtió que el mismo finalizó por expiración del plazo pactado.

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de primera instancia absolvió de las pretensiones de la demanda a las demandadas, al considerar, básicamente, que aunque **NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.** se había beneficiado de los servicios de mercaderista e impulsadora prestados por la demandante a través de las empresas **IMPULSO Y MERCADEO S.A.** **–EN LIQUIDACIÓN-**, **EFICACIA S.A.**, **LISTOS S.A.** y **VISIÓN & MARKETING S.A.**, dicho servicio se había dado de manera interrumpida y no continua, como se afirma en la demanda, y la beneficiaria del mismo, -es decir, NESTLÉ- no había ejercido actos de subordinación ni supervisión sobre el trabajo de la prestadora del servicio, en razón de lo cual no era posible adjudicarle la calidad de empleadora.

En cuanto a la interrupción, indicó que la más prolongada de estas se había dado entre el 16 de enero y 10 de octubre de 2007, periodo durante el cual la demandante fungió como impulsadora de productos de “BELLEZA EXPRESS S.A.” a través de la empresa temporal de servicios EXTRAS S.A.

Y en relación a la pretendida indemnización por despido injusto, señaló que al proceso se había allegado prueba documental de que el 21 de junio de 2010, entre la demandante y **VISIÓN & MARKETING S.A.,** se había celebrado un contrato de trabajo a término fijo de seis (6) meses, el cual había finalizado el 20 de junio de 2014 por vencimiento del plazo fijo pactado, tal como lo permite el literal c) del artículo 61 del C.S.T., habiéndosele entregado a la prestadora del servicio el preaviso de que su contrato no sería renovado, por lo que no había lugar al pago de dicho emolumento por despido.

**III- CONSIDERACIONES**

**3.1. BENEFICIARIO Y/O DUEÑO DE LA OBRA Y TERCERIZACIÓN LABORAL O SUBCONTRATACIÓN**

Es pertinente empezar por señalar que de acuerdo a lo previsto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, la tercerización o subcontratación laboral ilegal se presenta cuando una institución y/o empresa pública y/o privada vincula personal para el desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de cooperativas de servicio de trabajo asociado que hagan intermediación laboral o bajo alguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

De ello igualmente se infiere que una empresa tampoco puede vincular trabajadores para el desarrollo de actividades misionales permanentes (o inherentes a su objeto social) a través de otras empresas que hagan intermediación laboral, cuando con ello se vean afectados los derechos laborales de dichos trabajadores.

Ahora bien, en virtud de lo previsto en los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990, algunas empresas, denominadas de Servicios Temporales (EST), están autorizadas para ayudar de forma temporal en el desarrollo de actividades misionales a otras empresas, y en estos casos el servicio se ejecuta mediante el envío de trabajadores en misión.

En el artículo 77 de la mencionada ley se especifican los servicios temporales de colaboración por los cuales una empresa usuaria podrá acudir a la contratación de una EST, que se ejecutan a través de trabajadores en misión y que se encuentran definidos así:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo [6º del Código Sustantivo del Trabajo](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html).
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis meses prorrogable hasta por seis meses más.

Es importante tener en cuenta que en estos casos la empresa usuaria no tiene ningún vínculo laboral con el trabajador en misión, ya que es la Empresa de Servicios Temporales (EST) quien ostenta la calidad de verdadero empleador, por ende, también es responsable de todas las acreencias laborales que se generen con ocasión del contrato de trabajo. La empresa usuaria le paga a la EST el valor que corresponde por la prestación efectiva del servicio temporal de colaboración contratado.

No obstante, y vale precisarlo, debe tenerse presente que las EST no constituyen una bolsa de empleo. La contratación con la EST es temporal y sólo es para atender las eventualidades que surjan en el giro ordinario de la empresa usuaria.

Como vemos, en cualquier otro caso por fuera de los previstos en el citado artículo (Art. 77 de la Ley 50 de 1990), opera sin excepción, lo previsto en los artículos 34 y/o 35 del C.S.T., según sea el caso, que en lo que interesa al proceso, señalan:

Numeral 2do., artículo 35 del C.S.T., *“se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”.*

 Y el artículo 34 de la misma legislación, que al definir la categoría de “contratista independientes”, señala: “*son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”*

**3.2. SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD E INTERRUPCIÓN DE LOS CONTRATOS PACTADOS POR UN INTERREGNO –CONDICIÓN O PLAZO- DETERMINADO**

Esta Corporación ha establecido que en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado (o sometidos al cumplimiento de una condición) en los que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, durante el cual el contratista deja de ejecutar el servicio, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, bajo el entendido de que no hubo uno, sino varios contratos mediados por interregnos o lapsos en los que el prestador del servicio no tuvo vinculación jurídica alguna con el contratante. Es decir, cuando se habla de solución de continuidad en materia laboral, se ha de entender que existe una interrupción, un espacio, un vacío, o en otras palabras, que entre una relación laboral y otra existió un lapso en que no hubo vinculación jurídica ni real alguna entre las partes, salvo cuando dichas interrupciones son cortas, caso en el cual la jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho que no queda desvirtuada la unidad contractual. Para mencionar un caso, en la sentencia SL-297-2018 del 21 de febrero de 2018, la Corte Suprema consideró que una interrupción por dieciocho (18) días es de tan poca entidad que carece de la virtualidad suficiente para descartar la unicidad de la relación laboral.

**3.4. CASO CONCRETO**

Aterrizando a las circunstancias particulares que ofrece el presente asunto, la Sala encuentra que para acreditar la continuidad del servicio y los extremos temporales del contrato de trabajo, la demandante aportó al proceso sendos contratos y certificados, que permiten a la Sala determinar lo siguiente:

**1)** Por lo menos durante lo corrido entre el 14 de junio de 1991 y la fecha del despido de la demandante (20 de junio de 2014), la empresa NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. contrató con proveedores externos el impulso y mercadeo de sus productos en puntos de venta o grandes superficies. Así se prueba con los respectivos contratos comerciales y con las ofertas de servicios presentadas por los distintos proveedores de dicho servicio a la empresa NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.

**2)** La demandante fue inicialmente vinculada por la empresa IMPULSO Y MERCADEO LTDA -a partir del 14 de junio de 1991- para prestar el servicio de mercaderista o impulsadora de productos alimenticios de NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. en almacenes, tiendas y supermercados de la ciudad de Pereira. Así lo reconoció en la contestación de la demanda la codemandada IMPULSO Y MERCADEO LTDA. Además, dicha empresa figura como empleadora de la demandante en el historial de cotizaciones a la Seguridad Social (en salud y pensiones), por los ciclos de cotización comprendidos entre junio de 1991 y diciembre de 2003.

**3)** A partir del 1º de enero de 2004, según se puede constatar en el referido reporte de semanas cotizadas, EFICACIA S.A. empezó a figurar como empleadora de la demandante y con ella registra aportes hasta el 25 de noviembre de ese año. -es decir por casi todo el año 2004-. Esta empresa retoma el pago de aportes a la Seguridad Social el 13 de diciembre del mismo año (con una aparente interrupción de **12 días hábiles**), lo cual coincide con la suscripción del contrato por obra o labor contratada (visible en el folio 244 del expediente), celebrado entre EFICACIA S.A. y la demandante, en virtud del cual se establece como lugar de prestación del servicio “NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.”

También figura en el folio 255 del expediente otro contrato escrito suscrito entre las mismas partes el 16 de marzo de 2005 y otro el 4 de abril de 2006 (Fl. 284). Es del caso anotar que con dicha empresa la demandante registra aportes hasta el 31 de diciembre de 2006, con otra breve interrupción entre el 16 de marzo y el 3 de abril de 2006 –esto es, por **14 días hábiles**.

**4)** Milita igualmente en el expediente el contrato escrito por obra o labor contratada celebrado el 16 de enero de 2007 entre la demandante y la empresa temporal de servicios EXTRAS S.A. En el que se lee que la empresa usuaria de los servicios personales de la demandante sería “BELLEZA EXPRESS S.A.” Con dicha empresa de servicios temporales la demandante registra aportes pensionales entre el 16 de enero y el 10 de octubre de 2007.

**5)** En el mencionado reporte de cotizaciones, igualmente se puede constatar que después de EXTRAS S.A. figura como empleador de la demandante la empresa VISIÓN & MARKETING S.A., con quien la demandante suscribió contrato escrito de trabajo el 3 de noviembre de 2007 y luego el 2 de febrero de 2009. Con dicho empleador la demandante registra aportes entre el 3 de noviembre de 2007 y 2 de febrero de 2009.

**6)** Según se puede ver en el folio 576 del expediente, la demandante firmó contrato con LISTOS S.A. el 30 de mayo de 2009, aunque la empresa afirma, mediante certificación aportada al proceso con el escrito de la demanda, que la vinculación laboral de la trabajadora se dio a partir del 2 de febrero de 2009. Valga anotar que con dicha empresa se registran aportes a seguridad social a partir de febrero de 2009 hasta mayo de 2010.

**7)** Por último, reaparece en escena la empresaVISIÓN MARKETING S.A., con quien la demandante suscribe contrato de trabajo a término fijo de seis (6) meses el 21 de junio 2010 (Fl. 579), el cual finalizó el 20 de junio de 2014, por expiración del plazo pactado, según lo indicado en la carta de preaviso que le fue entregada a la demandante el 7 de mayo de ese mismo año. Dicho interregno se encuentra efectivamente reportado en la historia laboral. Entre el contrato con LISTOS S.A. y éste último, transcurrieron **15 días hábiles.**

**8)** Valga anotar, que las anteriores empresas, salvo EXTRAS S.A., tienen en común haber prestado servicios externos en el área de mercadeo e impulso de productos alimenticios de NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., empresa cuya actividad económica, según se puede leer en el certificado de existencia y representación de dicha empresa (Fl. 13), se reduce, entre otras actividades, a: *“fabricar, deshidratar, pulverizar, envasar, preparar, comprar, vender, distribuir, importar, exportar y en general comerciar con toda clase de productos alimenticios, artículos patentados, bebidas y artículos de consumo humano o que deban usarse junto con cualquier artículo alimenticio”.*

**9)** Es de aclarar que se deja por fuera del anterior listado de empresas a la sociedad EXTRAS S.A., pues según se puede observar en el contrato que la demandante celebró con dicha empresa y en los desprendibles de nómina visible entre los folios 329 al 347, la empresa usuaria de los servicios de EXTRAS S.A., mientras la demandante figura como empleada suya, era “BELLEZA EXPRESS S.A.” y no NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.

En ese orden de ideas, las circunstancias descritas ponen de relieve que NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. contrató con terceros el cumplimiento de una actividad inherente a su objeto social, cual es la comercialización de productos alimenticios y, que las empresas que fungían formalmente como empleadoras de la demandante, servían como vehículo para obtener vendedores, promotores o impulsadores de los productos elaborados por NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.

Como hecho relevante vale la pena mencionar que de las empresas contratadas por NESTLÉ DE COLOMBIA, sólo una era una empresa de servicios temporales, exactamente LISTOS S.A. en tanto que las otras, esto es, IMPULSO Y MERCADEO S.A. y VISIÓN & MARKETING S.A. eran sociedades dedicadas a la prestación de servicios de publicidad y EFICACIA S.A se circunscribía a la externalización de procesos de negocio. Esta diferenciación es importante para el análisis que se hará más adelante.

Por otra parte, la comercialización de productos alimenticios -actividad circunscrita al objeto social de NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., según se puede leer en su certificado de existencia y representación- no excluye en modo alguno la difusión, promoción, impulso y mercadeo de dichos productos. Por el contrario, la RAE define la palabra “comercialización” como la acción y efecto de comercializar, es decir, poner en el mercado un producto o darle las condiciones y vías de distribución para su venta.

Por medio de la externalización del mercadeo (o colocación) de sus productos, la empresa demandada procura separar de su actividad empresarial un segmento de la cadena de comercialización de sus productos, que puede incluir -a modo enumerativo- actividades tales como almacenaje, distribución, venta, colocación, mercadeo, etc. de sus productos, y aunque de seguro existen motivaciones logísticas o económicas para ello, las mismas no vienen al caso, dado que lo importante, en este caso, es que ante esta Corporación ha quedado plenamente acreditado que la demandante con su trabajo benefició a la empresa agenciada y que la promoción o comercialización de productos alimenticios, no es de ninguna manera una actividad ajena o extraña a las actividades misionales de NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. y por ende es de permanente necesidad. Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene NESTLÉ para contratar los servicios de una empresa temporal de servicios pero sólo para los estrictos eventos establecidos en el artículo 77 de la ley 50 de 1990.

Ya se dijo en precedencia que la única EST que aparece en escena es LISTOS S.A. pero al parecer no fue contratada directamente por NESTLÉ para que le suministrara un trabajador en misión *–como correspondía en estricto derecho-*, sino por VISIÓN & MARKETIN S.A.S, y esta empresa a su vez envió en misión a la demandante a NESTLE, como lo manifestó el Representante Legal de LISTOS S.A.-que dicho sea de paso es el mismo de VISIÓN & MARKETING- en su interrogatorio de parte cuando afirmó inicialmente que la EST delegó su función de subordinación a NESTLÉ para que esta la ejerciera sobre la trabajadora, pero luego adujo que “*LISTOS S.A. le prestaba el servicio de empleados temporales a VISIÓN Y MARKETING, y a su vez MARKETING trabajaba con NESTLE”.* Esta versión del representante legal del LISTOS S.A. corrobora lo expresado en el certificado del 7 de mayo de 2014 suscrito por la Directora de esa E.S.T. en la que refiere que la actora laboró para LISTOS S.A. como empleada temporal en misión en VISIÓN & MARKETIN S.A.S. Lo anterior releva a la Sala del análisis propio que implica la contratación de empresas temporales, para centrar nuestra atención únicamente en la figura de la intermediación del artículo 35 del C.S.T., dentro de la cual está incluida la empresa LISTOS S.A. pero no como EST sino como intermediaria. Con todo, más adelante nos volveremos a referir a la EST LISTOS S.A. pero para una valoración probatoria diferente.

De modo que, para determinar si en este caso debe darse alcance al artículo 35 del CST, para calificar a la citada empresa, NESTÉ DE COLOMBISA S.A. como verdadera empleadora y las restantes entidades llamadas como simples intermediarias como se alega en la demanda, hemos de referirnos a la prueba testimonial que da cuenta de las condiciones como se desarrolló la actividad, así:

**TESTIMONIO DEL SEÑOR CARLOS DE JESÚS JARAMILLO PESCADOR:**

Antes de referirnos a las declaraciones directas emanadas por el único testigo citado por la parte demandante, es necesario precisar que de acuerdo al contexto factico que se recoge de las pruebas, es posible inferir que los impulsadores de los productos de NESTLÉ por lo general trabaja uno, por supermercado o punto de venta, por lo que resulta imposible que haya dos o más trabajadores que realicen esa actividad en el mismo establecimiento. Ello constituye un hecho relevante que no puede pasarse por alto a la hora de valorar la prueba, toda vez que en virtud de la flexibilidad probatoria que se ha venido implementando por esta Corporación en aquellos casos en los cuales el trabajo se realiza sin compañeros de trabajo que puedan dar cuenta exacta de cada una de las labores desarrolladas por el o la trabajadora, no puede exigirse a la parte actora que traiga al proceso un testigo directo de la prestación diaria del servicio, pues hacerlo, sería imponerle una carga imposible cumplir.

Con todo, como en este caso la prestación del servicio de la demandante como IMPULSADORA es un hecho que no está en discusión, el señor CARLOS DE JESÚS JARAMILLO PESCADOR, quien fue impulsador de los productos de NESTLÉ entre 1996 y 2009 –interregno durante el cual la demandante ejercía la misma ocupación-, contratado de la misma manera como lo fue la actora –por medio de las sociedades llamadas al proceso-, es un testigo directo de los siguientes aspectos: i) de la manera como se debía ejercer el cargo de impulsador de los productos de NESTLÉ, ii) de la forma como se vinculaban contractualmente los impulsadores de los productos de Nestlé, más allá de que él estuviera asignado a los supermercados “LA 14” y “MERCAMAS”, mientras que a la demandante le correspondían los puntos “COMFAMILIAR”, “CAFETAL” y “MERCASA”, y por ende para la Sala da cuenta fehaciente de las siguientes circunstancias:

**i)** La vinculación inicial con alguna de las codemandadas, se daba por remisión directa de la hoja de vida por parte de NESTLÉ.

**ii)** Las condiciones para desarrollar la labor eran impartidas por un vendedor contratado directamente por NESTLÉ, quien les asignaba los puntos de trabajo y les entregaba los implementos que los identificaban como impulsadores de esa marca, tales como camisetas y delantal, así como el material y publicidad para desarrollar la actividad.

**iii)** La empresa que figuraba formalmente como empleadora, se encargaba exclusivamente del pago de las nóminas y aportes a seguridad social, puesto que era NESTLÉ la que impartía órdenes e imponía los parámetros y metas para cumplir mensualmente.

**iv)** En ocasiones los impulsadores recibían visitas del Gerente de NESTLÉ para definir quien se quedaba en un punto de venta y qué modificaciones debían realizarse para el cumplimiento de la labor.

**v)** Los permisos para ausentarse del lugar de trabajo dentro de la jornada laboral eran otorgados por el vendedor de NESTLÉ, así como la verificación del trabajo en horas extras o con recargos para ser reconocidos mediante bonos.

**vi)** Por cumplimiento de metas en ventas NESTLÉ otorgaba premios a los impulsadores, tanto que en una ocasión la demandante “se ganó” una moto.

**vii)** NESTLÉ capacitaba al personal de fábrica y a todo el grupo de mercadeo una o dos veces al mes, en sus instalaciones de LA ROSA o en la sede de Buga, siendo en dichos encuentros donde impartían las órdenes del lugar asignado y el vendedor.

Cada uno de los puntos anteriores fue narrado por el señor JARAMILLO PESCADOR en forma espontánea, hilada, coherente y sin contradicciones, lo que permite concluir que, más allá de los diferentes contratos suscritos entre la demandante y las codemandadas, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, el servicio prestado por la señora IRENE GIRALDO GÓMEZ no tuvo modificaciones a lo largo del tiempo y fue ejercido bajo la continuada subordinación de la demandada NESTLÉ DE COLOMBIA, no solo beneficiaria de su actividad, sino verdadera empleadora.

Pero además, las conclusiones a las que permite arribar la versión comentada por el referido declarante, se ven reafirmadas por indicios de la vinculación irregular de la que se valieron las demandadas durante el tiempo en que la demandante ejercía como impulsadora de los productos de NESTLÉ, entre las que se encuentran las siguientes:

**i)** La demandante fue impulsadora de los productos de NESTLÉ durante más de 20 años, interregno durante el cual, a excepción del periodo de 10 meses en el que impulsó los productos de la marca “BELLEZA EXPRES S.A.”, estuvo contratada por 4 sociedades distintas, para desarrollar la misma actividad sin interrupciones mayores a **15 días hábiles** a lo sumo, por lo que resulta extraño que tratándose de entidades completamente diferentes y que alegan no recibir injerencia en la contratación o forma de prestar el servicio por parte de su contratante NESTLÉ, hayan empleado a la misma trabajadora y el tránsito entre uno y otro contrato no fuera significativo como para romper la prestación del servicio, por cuanto, como acaba de verse, la interrupción máxima entre un contrato y otro alcanzó los **15 días hábiles** que bien pueden corresponder a los 15 días hábiles consecutivos de vacaciones a que tenía derecho la demandante de conformidad al artículo 186 del C. S. del T.

**ii)** Retomando la vinculación de la demandante a través de LISTOS S.A, Empresa de Servicios Temporales de acuerdo al certificado de existencia y representación (fl. 422), durante el 2 de febrero de 2009 y el 28 de mayo de 2010, debe decirse que la documentación que obra en el proceso presenta una serie de inconsistencias respecto a la empresa usuaria del empleo temporal, puesto que en el certificado del 7 de mayo de 2014 la Directora de oficina de LISTOS S.A. refiere que la actora laboró para esa entidad como empleada temporal en misión en VISIÓN & MARKETIN S.A.S., mientras que el certificado del 21 de mayo de 2014 emanado de la Coordinadora Zona Eje Cafetero de la misma empresa, da cuenta que la demandante estuvo asignada como empleada temporal a NESTLÉ DE COLOMBIA y, finalmente en el contrato de trabajo (fl. 577) suscrito entre LISTOS S.A. y la señora IRENE GIRALDO DÓMEZ se relaciona como empresa usuraria: “V&M NESTLÉ DE COLOMBIA”.

Frente a dichas inconsistencias, el Representante Legal de LISTOS S.A.-que dicho sea de paso es el mismo de VISIÓN & MARKETING- no logró aclarar tales contradicciones, pues en el interrogatorio de parte afirmó inicialmente que la EST delegó su función de subordinación a NESTLÉ para que esta la ejerciera cuando lo requiriera, y luego adujo que “*LISTOS S.A. le prestaba el servicio de empleados temporales a VISIÓN Y MARKETING, y a su vez MARKETIG trabajaba con NESTLE”.* La respuesta del representante legal más que dilucidar la situación descrita, genera mayores dudas sobre el motivo que pudiera tener MARKETING para vincular directamente a la demandante durante más de 2 años y luego, sin solución de continuidad, hacer acopio de la empresa de servicios temporales para contratar a la trabajadora para que siguiera ejerciendo como impulsadora de su “cliente” NESTLÉ, cuando adujo a lo largo del proceso que su objeto social es precisamente el “MERCADEO” y no existe evidencia de que se cumpliera algunos de los supuestos del art. 77 de la ley 50 de 1990 para contratar con la EST.

En ese orden de ideas y hechas las aclaraciones pertinentes, encuentra la Sala que con el material probatorio recaudo se encuentra acreditado que durante el tiempo en que la demandante impulsó los productos de NESTLÉ, fue esta entidad quien tuvo la verdadera calidad de empleadora y por ende le atañe la obligación de responder por la totalidad de las acreencias laborales que de su vinculación laboral se desprende, quedando VISIÓN Y MARKETING, IMPULSO Y MERCADEO, EFICACIA y LISTOS como intermediarios, quienes a luz del art. 35 del CST, son responsables solidarios por no haber reconocido su calidad de intermediario. En cuanto a EXTRAS S.A., por haber sido vinculada la demandante para impulsar productos de belleza para otra usuaria, no está obligada solidariamente.

En esa medida, antes de abordar el estudio de las pretensiones dinerarias, no puede perderse de vista que también quedó acreditado que no todo el tiempo la demandante trabajó como impulsadora de productos NESTLÉ. Por lo menos durante lo corrido entre entre el 16 de enero y el 10 de octubre de 2006, cuando su empleadora era EXTRAS S.A., impulsó diferentes productos de la marca “Belleza Express S.A.”. Este largo periodo, de diez (10) meses, rompió la continuidad contractual con la que venía la trabajadora desde el 14 de enero de 1991, y aunque a partir del 3 de noviembre de 2006, tal como lo muestran los distintos documentos que han sido citados por la Sala, volvió a vincularse laboralmente con VISIÓN & MARKETING S.A. para desarrollar labores de promoción de productos NESTLÉ, esta vinculación, al estar precedida de una larga interrupción, ha de considerarse como nueva.

Llegados a este punto, al analizar este último interregno contractual, en el que la demandante fungió como mercaderista de productos de la marca NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., esta Sala encuentra que el mismo se divide en tres (3) momentos, no separados, dado que no operó solución de continuidad en los términos antes explicados, así:

**1)** la demandante celebra contrato de trabajo con VISIÓN & MARKETING S.A., el 3 de noviembre de 2007, el cual se extiende hasta 1º de febrero de 2009, y al día siguiente, 2 de febrero de 2009, celebra uno nuevo, con la misma empleadora, el cual se extiende hasta el 29 de mayo de 2009. En relación a este último contrato, obra en el expediente constancia de la liquidación pagada a la demandante, por valor de $584.269 pesos, por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios;

**2)** obra igualmente en el plenario copia del contrato de trabajo por obra o labor contratada celebrado entre la demandante y la empresa LISTOS S.A. el 30 de mayo de 2009, que según liquidación del 3 de junio de 2010 (visible en el folio 576), finalizó el 28 de mayo de 2010;

**3)** finalmente, luego de una aparente interrupción corta de **15 días hábiles**, la demandante celebra un último contrato con la empresa VISIÓN & MARKETING S.A., el 21 de junio de 2010, esta vez bajo la modalidad a término fijo de seis (6) meses, el cual tuvo tres (3) prorrogas por el tiempo inicialmente pactado y en virtud de la Ley se elevó a un (1) año a partir del 21 de junio de 2012, y se renovó por dos (2) periodos más; y en el último de ellos, esto es, en la vigencia del 21 de junio de 2013 al 20 de junio de 2014, finalizó, por decisión de VISIÓN & MARKETING S.A., argumentando la expiración del plazo pactado.

No obstante, de acuerdo a lo dicho en precedencia, la relación laboral que unió a la señora IRENE GIRALDO GÓMEZ con NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. entre el 3 de noviembre de 2007 y el 20 de junio de 2014 fue una sola y no varios contratos de trabajo a término fijo, pues estos fueron suscritos con las intermediarias desconociendo las normas imperantes en materia laboral, por lo que debe entenderse que dicho vinculo estuvo regido por un contrato de trabajo a término indefinido, dada la realidad demostrada y en concordancia con el precedente de la CSJ en la sentencia SL297-2018, referenciada con anterioridad.

Respecto a la terminación del contrato, es del caso subrayar que al haberse comprobado la intención permanente de la demandada NESTLÉ de continuar con la prestación personal de la demandante sin interrupciones, no es posible argumentar como justa causa para finalizar la relación, la expiración del plazo pactado, toda vez que, se itera, dicho plazo fue aparente y motivado en la intención de ocultar las verdaderas relaciones laborales, por lo que al advertirse que fue precisamente el cumplimiento del término la única causal aducida en la comunicación de la terminación del contrato (fl. 65), dicho argumento no corresponde a una de aquellas justas causas enumeradas en el artículo 62 del C.S.T., motivo por el cual se accede a la indemnización por despido injusto y pasa a liquidarse de la siguiente manera:

De conformidad con el art. 64 ibídem, por devengar menos de 10 salarios mínimos, propiamente $771.625, de acuerdo al ajuste salarial de enero de 2014 (fl. 59), a la trabajadora le corresponde una indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo, equivalente a 30 días de salario por el primer año y 20 días adicionales por cada año o en proporción. Como el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 3 de noviembre de 2007 y el 20 de junio de 2014, a la actora le incumbe una indemnización igual a 142.61 días de salario, siendo el salario diario devengado al momento de la terminación la suma de $25.720, lo que genera un total de $3.668.048, que deberá pagar NESTLÉ S.A como empleadora, y con VISIÓN & MARKETING S.A., como obligada solidaria, en los términos del artículo 35 del C.S.T., por haber sido intermediaria sin darse a conocer como tal, en dicho interregno.

Asimismo, en el entendido de la existencia de una sola relación laboral entre NESTLÉ y la demandante entre el 3 de noviembre de 2007 y el 20 de junio de 2014, es menester liquidar las prestaciones sociales que durante dicho interregno se causaron, y, del valor obtenido descontar las sumas reconocidas por cada una de las intermediarias durante los diferentes contratos suscritos.

Debe igualmente tenerse en cuenta que como en el plenario no se acreditó reclamación por parte de la trabajadora a su empleadora por el no pago de las acreencias pretendidas, y que la demanda se presentó el 12 de diciembre de 2014, la prescripción extintiva trienal tiene efectos sobre las primas de servicios e intereses a las cesantías causados con anterioridad al mismo día y mes del 2011. En cuanto a la compensación de las vacaciones, se aclara que la prescripción afecta a los valores causados con anterioridad al 12 de diciembre de 2010, como quiera que una vez causadas, la trabajadora tenía hasta el año subsiguiente para hacerlas efectivas, de conformidad con el art. 187 del CST. Se advierte que dicha prescripción no afecta al auxilio de las cesantías por haberse hecho exigible una vez terminado el contrato, el 20 de junio de 2014.

Así pues encuentra la Sala que a la demandante le corresponde la suma de $3.105.925, resultado de descontar al total de las acreencias por vacaciones, intereses a las cesantías y primas de servicios no prescritas, equivalente a $3.485.147, los valores reconocidos por VISION&MARKETING a la terminación del contrato (fl. 578).

En cuanto a las cesantías, una vez descontados los valores reconocidos por las codemandadas en cada una de las liquidaciones efectuadas y, los emolumentos que de acuerdo a las certificaciones de PORVENIR S.A. fueron consignados a dicho fondo, NESTLÉ DE COLOMBIA adeuda a la demandante la suma de $523.305.

Las liquidaciones se ponen de presente a los asistentes y harán parte integral del acta que se levante con ocasión de la presente audiencia.

Finalmente, respecto a la pretensión encaminada al pago de los aportes pensionales, como quiera en el presente caso fueron vinculadas al proceso todas las empresas que pudieran resultar eventualmente deudoras de aportes pensionales a la demandante, no hay obstáculo alguno para que se ordene el pago de aportes así: a cargo de NESTLÉ S.A, los aportes correspondientes a los ciclos de cotización de mayo a septiembre de 1999 y febrero de 2001, toda vez que por las consideraciones precedentes, fungió como verdadera empleadora y los aportes pensionales no están sujetos al fenómeno de la prescripción. En lo correspondiente a los demás periodos, se advierte que el mes de enero de 2003 fue cotizado completo, el del 2006 corresponde al periodo que antecedió a la vinculación de la trabajadora con EXTRAS S.A. para impulsar los productos de BELLEZA EXPRESS S.A. y el del 2007 cuando terminó su vinculación con EXTRAS S.A., pero antes de iniciar nuevamente su relación laboral con NESTLÉ el 3 de noviembre de 2007, por lo que no se acreditó prestación de servicios a alguna de las demandadas durante este tránsito. Como la empresa que fungió como intermediaria durante los periodos que se ordenará el pago, era IMPULSO Y MERCADEO S.A, esta responderá solidariamente por dichos aportes.

El pago de aportes se hará por el monto actuarial que el respectivo fondo calcule, razón por la cual se concederá a NESTLÉ S.A. para el pago de esta específica obligación el plazo de un mes, contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia a fin de que realice las gestiones pertinentes ante el fondo de pensiones a la cual se encuentra o se encontraba afiliada la demandante.

Por lo demás, la demandante no explicó en qué consistía la pretendida nivelación salarial, además que de los diferentes documentos incorporados se encontró que devengó más del salario mínimo y así le fueron liquidadas sus prestaciones sociales.

Colorario de lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se declarará la existencia de dos contratos de trabajo entre la demandante y la empresa NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., el primero entre el 14 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 2006 y, el segundo entre el 3 de noviembre de 2007 y el 21 de junio de 2014, fecha en que la empleadora finalizó unilateral e injustamente la relación laboral. Se condenará al pago de los aportes a pensiones adeudados, la diferencia entre las prestaciones sociales liquidadas a la demandante y las que tiene derecho en virtud de la relación laboral que la unió con NESTLÉ y la indemnización por despido injusto. Se exonerará del pago de las restantes pretensiones, incluyendo la nivelación salarial y los emolumentos afectados por la prescripción.

Las costas de primera instancia correrán a cargo de NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. en un 80% y se liquidarán por el juzgado de origen. En esta instancia no se causaron por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la existencia de dos contratos de trabajo entre la demandante y la empresa NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., el primero entre el 14 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 2006 y, el segundo entre el 3 de noviembre de 2007 y el 21 de junio de 2014.

**TERCERO: DECLARAR** que el contrato vigente entre el 2 de noviembre de 2007 y el 21 de junio de 2014 finalizó unilateral e injustamente por decisión del empleador.

**CUARTO: CONDENAR** a NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. al pago de la suma de $3.668.048 a título de indemnización por despido injusto a la demandante.

**QUINTO: DECLARAR** probada la excepción de prescripcióncon relación a las primas de servicios e intereses a las cesantías causadas con anterioridad al 12 de diciembre de 2011 y las vacaciones anteriores al 12 de diciembre de 2010. No es susceptible de dicho medio extintivo el auxilio por cesantías.

**SEXTO: CONDENAR** a NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. al pago de los aportes pensionales de la demandante correspondiente a los ciclos comprendidos entre mayo y septiembre de 1999 y febrero de 2001.

**SÉPTIMO: CONCEDER** a NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. el término de un mes, contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia a fin de que realice las gestiones pertinentes ante el fondo de pensiones a la cual se encuentra o se encontraba afiliada la demandante, para que este calcule el monto actuarial de los aportes.

**OCTAVO: CONDENAR** a NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. al pago la suma $3.629.230 por concepto de primas de servicios, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías insolutos.

**NOVENO: DECLARAR** solidariamente responsable de la condena por indemnización por despido injusto y acreencias laborales a la codemandada **VISIÓN & MARKETING S.A.**

**DÉCIMO: DECLARAR** solidariamente responsable a **IMPUSLO Y MECARDEO S.A.** por el pago de los aportes pensionales correspondiente a los ciclos comprendidos entre mayo y septiembre de 1999 y febrero de 2001, según lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

**UNDÉCIMO: ABSOLVER** a las codemandadas de las demás pretensiones de la demanda.

 **DUODÉCIMO:** Las costas de primera instancia correrán a cargo de la demandada **NESTLÉ DE COLOMBIA S.A**., y en favor de la demandante en un 80%, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen. En esta instancia no se causaron por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 IMPEDIDO

**CUADRO. EXTREMOS DE LA RELACIÓN LABORAL**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **EMPLEADOR** | **INICIAL** | **FINAL** | **SOPORTE**  |
| IMPULSO Y MERCADEO  | 14/01/1991 | 31/12/2003 | CONFESIÓN Y REPORTE DE COTIZACIONES |
| VISIÓN & MARKETING | 16/12/2003 | 25/12/2003 | PERIODO SIMULTANEO - CONFESIÓN  |
| EFICACIA | 01/01/2004 | 25/11/2004 | OBRA O LABOR – CONFESIÓN |
| **INTERRUPCIÓN** | *26/11/2004* | *12/12/2004* | 9 DÍAS HÁBILES |
| EFICACIA | 13/12/2004 | 15/03/2005 | OBRA O LABOR - CONTRATO (Fl. 244) |
| EFICACIA | 16/03/2005 | 15/03/2006 | OBRA O LABOR - CONTRATO (Fl. 255) |
| **INTERRUPCIÓN** | *16/03/2006* | *03/04/2006* | 12 DÍAS HÁBILES |
| EFICACIA | 04/04/2006 | 31/12/2006 | OBRA O LABOR - CONTRATO (Fl. 284) |
| EXTRAS S.A. (BELLEZA EXPRESS) | 16/01/2007 | 10/10/2007 | CONTRATO (Fl. 327) RENUNCIA (Fl. 348) |
| VISIÓN & MARKETING | 03/11/2007 | 01/02/2009 | CONTRATO (Fl. 581) |
| VISIÓN & MARKETING | 02/02/2009 | 29/05/2009 | CONTRATO (Fl. 583) |
| LISTOS S.A. | 02/02/2009 | 29/05/2009 | CERTIFICACIÓN-SIMULTANEO  |
| LISTOS S.A. | 30/05/2009 | 28/05/2010 | CONTRATO (Fl. 576) – LIQUIDACIÓN (Fl. 280) |
| **INTERRUPCIÓN** | 29/05/2010 | 20/06/2010 | 15 DÍAS HÁBILES |
| VISIÓN & MARKETING | 21/06/2010 | 21/06/2014 | CONTRATO (FL. 278) |
|  |  |  |  |

**LIQUIDACIÓN CESANTÍAS, PRIMA DE SERVICIOS, VACACIONES E INTERESES A LAS CENSATÍAS.**

|  |
| --- |
| **VACACIONES** |
| **INICIO** | **FINAL** | **SALARIO** |  |
| 03/11/2007 | 31/12/2007 |  $ 716.902  |  PRESCRITA  |
| 01/01/2008 | 31/12/2008 |  $ 733.570  |  PRESCRITA  |
| 01/01/2009 | 31/12/2009 |  $ 737.288  |  PRESCRITA  |
| 01/01/2010 | 11/12/2010 |  $ 745.000  |  PRESCRITA  |
| 12/12/2010 | 31/12/2010 |  $ 745.000  |  $ 20.694  |
| 01/01/2011 | 31/12/2011 |  $ 746.912  |  $ 373.456  |
| 01/11/2012 | 31/12/2012 |  $ 758.759  |  $ 379.380  |
| 01/01/2013 | 31/12/2013 |  $ 773.267  |  $ 386.634  |
| 01/01/2014 | 20/06/2014 |  $ 771.625  |  $ 182.189  |
|  |  | **TOTAL** |  $ 1.342.353  |

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **INICIO** | **FINAL** | **SALARIO** | **CESANTÍAS** | **RECONOCIDAS** | **VALOR ADEUDADO** |
| 03/11/2007 | 31/12/2007 |  $ 716.902  |  $ 115.501  |  $ 115.501  |  **$ -**  |
| 01/01/2008 | 31/12/2008 |  $ 733.570  |  $ 733.570  |  $ 733.570  |  **$ -**  |
| 01/01/2009 | 31/12/2009 |  $ 737.288  |  $ 737.288  |  $ 583.187  |  **$ 154.101**  |
| 01/01/2010 | 31/12/2010 |  $ 745.000  |  $ 745.000  |  $ 384.148  |  **$ 360.852**  |
| 01/01/2011 | 30/07/2011 |  $ 746.912  |  $ 746.912  |  $ 737.286  |  **$ 9.626**  |
| 01/11/2012 | 31/12/2012 |  $ 758.759  |  $ 758.759  |  $ 773.267  | **-$ 14.508**  |
| 01/01/2013 | 31/12/2013 |  $ 773.267  |  $ 773.267  |  $ 746.812  |  **$ 26.455**  |
| 01/01/2014 | 20/06/2014 |  $ 771.625  |  $ 364.378  |  $ 377.599  | **-$ 13.221**  |
|  |  |  |  | **TOTAL** |  **$ 523.305**  |

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **INICIO** | **FINAL** | **SALARIO** | **PRIMA** | **I/ CESANTÍAS** | **TOTAL** |
| 03/11/2007 | 31/12/2007 |  $ 716.902  |  $ 115.501  |  $ 2.233  | PRESCRITA |
| 01/01/2008 | 31/12/2008 |  $ 733.570  |  $ 733.570  |  $ 88.028  | PRESCRITA |
| 01/01/2009 | 31/12/2009 |  $ 737.288  |  $ 737.288  |  $ 88.475  | PRESCRITA |
| 01/01/2010 | 31/12/2010 |  $ 745.000  |  $ 745.000  |  $ 89.400  | PRESCRITA |
| 01/01/2011 | 11/12/2011 |  $ 746.912  |  $ 709.566  |  $ 80.891  | PRESCRITA |
| 12/12/2011 | 31/12/2011 |  $ 746.912  |  $ 37.346  |  $ 4.553  |  $ 41.898  |
| 01/11/2012 | 31/12/2012 |  $ 758.759  |  $ 758.759  |  $ 91.051  |  $ 849.810  |
| 01/01/2013 | 31/12/2013 |  $ 773.267  |  $ 773.267  |  $ 92.792  |  $ 866.059  |
| 01/01/2014 | 20/06/2014 |  $ 771.625  |  $ 364.378  |  $ 20.648  |  $ 385.027  |
|  |  |  |  | **TOTAL** |  **$ 2.142.794**  |

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

### Magistrada Ponente

**Providencia :** Complementación de la sentencia del 7 de septiembre de 2018

**Radicación No. :** 66001-31-05-005-2014-00717-02

**Proceso :** Ordinario laboral

**Demandante :** Irene Giraldo Gómez

**Demandado :** Nestlé de Colombia S.A. y otras

**Juzgado :** Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**M.P. :** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL NO.1**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Septiembre 21 de 2018)**

**Sistema oral - Audiencia de juzgamiento**

Siendo las 8:45 de hoy, 21 de septiembre de 2018, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **IRENE GIRALDO GÓMEZ** en contra de la sociedad **NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.** y las sociedades **IMPULSO Y MERCADEO S.A.** **–EN LIQUIDACIÓN-**, **EFICACIA S.A.**, **LISTOS S.A.** y **VISIÓN & MARKETING S.A.,** con el fin de proferir la complementación de la sentencia del 7 de septiembre de 2018. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Parte demandante… Parte demandada…

**SENTENCIA:**

Tal como se anunció en la audiencia pública de juzgamiento llevada a cabo el 7 de septiembre de 2018, como quiera que al agotar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, se omitió resolver sobre algunas de las pretensiones incorporadas en la demanda, de conformidad con el art. 287 del C.G. del Proceso, procede la Sala a adicionar la decisión, mediante sentencia complementaria, de acuerdo a los siguientes:

**I – ANTECEDENTES**

Dentro del petitum de la demanda, la señora IRENE GIRALDO GÓMEZ pretende que se condene a NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., a pagar la liquidación derivada del vínculo laboral existente desde el 8 de enero de 1991 y el 20 de junio de 2014, así como el pago de las cesantías durante el vínculo laboral. Asimismo, solicita que se condene a su empleadora a reconocer las indemnizaciones contenidas en el art. 65 del CST y el art.99 de la ley 50 de 1990, y la indexación de las sumas de dinero reclamadas.

Como se reseñó en la sentencia del 7 de septiembre de 2018, la jueza de primera instancia absolvió de la totalidad de las pretensiones a las demandadas, por lo que al ser totalmente adversa a la trabajadora, se surtió el grado jurisdiccional de consulta a favor de aquella; en virtud del cual, esta Corporación declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre la demandante y la empresa NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., el primero entre el 14 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 2006 y, el segundo entre el 3 de noviembre de 2007 y el 20 de junio de 2014 y; condenó a NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. al pago la suma $3.629.230 por concepto de primas de servicios, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías insolutos.

Como fue anunciado, si bien se condenó al reconocimiento de las prestaciones sociales adeudadas a la trabajadora, en virtud de la liquidación deprecada por la totalidad de la relación laboral, se omitió hacer un pronunciamiento expreso sobre las indemnizaciones contenidas en el art. 65 del CST y el art.99 de la ley 50 de 1990.

**III- CONSIDERACIONES**

Sea lo primero advertir que aunque en la demanda solo se pidió de manera expresa y autónoma la condena por cesantías, esta Sala encontró necesario pronunciarse sobre las primas de servicios, vacaciones e intereses a las cesantías causadas durante la vigencia del vínculo, puesto que ello no solo se relaciona directamente con la declaratoria de una única relación laboral entre la demandante y NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., sino que en la pretensión primera de la demanda se solicitó condenar a la mencionada entidad a “*pagar la liquidación derivada del vínculo laboral existente desde el 8 de enero de 1991 y hasta el 20 de junio de 2014 (…)””;* entendiéndose liquidación como el reconocimiento que debe efectuar el empleador al trabajador a la terminación del contrato, en el que debe incluirse tanto las prestaciones sociales como la compensación de las vacaciones y los salarios insolutos, si los hay.

Superado lo anterior, como quiera que esta Corporación encontró acreditado que a la demandante no le fueron reconocidas la totalidad de las acreencias laborales causadas en vigencia de la relación laboral que la unió con NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., el debate en este punto consiste en revisar el tema correspondiente a las indemnizaciones, y establecer la conducta de la empleadora, a fin de determinar si se circunscribe o no a un comportamiento de buena o mala fe, toda vez que al contestar la demanda propuso la excepción que denominó “Buena fe de mi representada” .

**3.1. Indemnización moratoria del artículo 65 del CST y sanción por la no consignación del auxilio de cesantías.**

 Respecto a las causales exonerativas de dichas sanciones, en los artículos 65 del CST y 99 de la ley 50 de 1990, no se acuña la expresión “buena fe” y no hay manera de colegir de su contenido que obrando de tal manera el empleador puede librarse del pago de las sanciones allí consagradas contra los empleadores morosos del pago de salarios y prestaciones. No obstante, se ha precisado jurisprudencialmente que la imposición de las indemnizaciones no es automática ni inexorable, sino que en cada caso concreto el juez debe examinar las circunstancias particulares que rodearon la conducta del empleador de no pagar las prestaciones o no consignar las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente al que se causaron, pues puede darse el caso de que el empleador demuestre razones atendibles que justifiquen su omisión, y en tal evento no hay lugar a la condena por no hallarse presente su mala fe.

 Así pues, de las pruebas practicadas en el proceso debe emerger claro que el empleador actuó de buena fe y que en ningún momento pretendió evadirse de las responsabilidades y obligaciones que pertenecen a la esfera del contrato de trabajo, pues no de otra manera podrá salir absuelto del pago de la mentada sanción por incumplimiento.

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la utilización engañosa de la intermediación laboral, ha considerado reiteradamente que no es indicativo de buena fe, excusarse en la realización de operaciones de tercerización, evadiendo las leyes laborales y atentando contra los derechos del trabajador de obtener un empleo digno y ajustado a la legislación social, razón por la cual en estos eventos ha condenado a la indemnización moratoria del citado artículo 65, como ocurrió por ejemplo en la sentencia SL 1430 de 2018. Otro ejemplo de esta tesis la constituye lo sentencia SL-297-2018, en la que la Corte Suprema de Justicia condenó a la empresa demandada a reconocer la indemnización moratoria contenida en el art. 65 del CST, al estimar que es suficiente para poner en evidencia la actuación desprovista de buena fe y lealtad, el hecho de que los servicios prestados por el trabajador fueron los mismos durante todo el periodo laborado, a pesar de efectuarse cambios de una empresa intermediaria a otra sin justificación, con la excusa de hacer uso de la figura contractual de trabajadores en misión, o en este caso tercerización, disfrazando la verdadera relación laboral.

Descendiendo al sublite, quedó en evidencia en la sentencia que ahora se complementa, la utilización engañosa de la intermediación laboral por parte de NESTLE, lo que conllevó, entre otras cosas, a que se declarara como verdadera empleadora a la referida empresa y como intermediarias al resto de empresas demandas e incluso a que se estableciera un solo contrato a término indefinido y no tantos cuantas empresas fachadas habían participado, lo que de suyo perjudicó a la trabajadora al establecerse períodos de interrupción que en realidad correspondieron a su tiempo de vacaciones, amén de que impactaron negativamente la liquidación de las prestaciones laborales. Pero además y como quiera que en este caso la demandante estuvo al servicio de NESTLE por un espacio aproximado de 19 años ejerciendo la misma labor, queda al descubierto que no existe razón alguna que justifique la contratación de la trabajadora a través de terceros por parte de NESTLE, lo que a las claras es muestra de amala fe.

En ese entendido, siguiendo las voces del art. 65 del CST, como la demandante devengaba más del salario mínimo -$771.625-, se adicionará la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2018, en el sentido de que se condenará a NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. a pagar la suma de $18.519.000 equivalente a un día de salario por cada día de retardo entre el 21 de junio de 2014 y el 21 de junio de 2016, y a partir del 22 de junio de 2016 en adelante, deberá pagar a la trabajadora intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre la suma adeudada por prestaciones sociales hasta el pago efectivo de la obligación.

Sin embargo, no puede predicarse lo mismo en relación con la indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990, toda vez que si partimos de que la sanción se impone cuando el empleador no consigna las cesantías del trabajador en un fondo privado antes del 15 de febrero del año siguiente, en el presente caso quedó demostrado que las empresas intermediarias consignaron dentro del término cada una de las liquidaciones de cesantías ante PORVENIR S.A. tal como se desprende de las certificaciones emitidas por dicho fondo. Y aunque, con ocasión de declarar un solo contrato, se condenó a NESTLÉ a pagar la diferencia entre la liquidación efectuada en esta instancia y los valores reconocidos por las codemandadas en cada una de las liquidaciones efectuadas, en realidad dicha diferencia no es suficiente para endilgar a NESTLÉ mala fe en el pago de este emolumento, pues correspondió a un valor muy bajo ($523.305), a pesar de la utilización de la figura de la intermediación laboral, práctica que ya fue debidamente sancionada con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia se absolverá a NESTLÉ por esta pretensión.

Finalmente, se declarará solidariamente responsable del pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. a la codemandada Visión y Marketing S.A.S.

Las costas impuestas no sufren variación alguna.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida por esta Corporación el 7 de septiembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral reseñado, en el sentido de:

 **i)** **CONDENAR** a NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. a pagar la suma de $18.519.000 equivalente a un día de salario por cada día de retardo entre el 21 de junio de 2014 y el 21 de junio de 2016, a partir del 22 de junio de 2016 en adelante, deberá pagar a la trabajadora intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre la suma adeudada por prestaciones sociales hasta el pago efectivo de la obligación;

**ii) DECLARAR** solidariamente responsable de la condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. relacionada anteriormente a la codemandada Visión y Marketing S.A.S.

**iii) ABSOLVER** aNESTLÉ DE COLOMBIA S.A. del pago de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías.

**Notificación surtida en estrados. Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada Ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 IMPEDIDO