El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 21 de junio de 2018

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00291-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jorge Arturo Sepúlveda Calvo

Demandado: Distribuciones Santa Cecilia y Cia Ltda. y Bavaria S.A.

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: CONTRATO DE TRABAJO / HORAS EXTRAS / DESPIDO INJUSTO / CONFESIÓN FICTA POR INASISTENCIA A INTERROGATORIO / PAGO POR CONSIGNACIÓN-Tardío y no comunicado al empleado / NO EXONERA / SOLIDARIDAD-Beneficiario de obra / IDENTIDAD DE OBJETO SOCIAL CON EL EMPLEADOR / ACREDITADO / INDEMNIZACIÓN MORATORIA-También está comprendida por la solidaridad / MODIFICA CONDENA /** En el caso puntual, se tiene que el Representante legal de la sociedad demandada Distrisec Ltda., no compareció a la audiencia de trámite y juzgamiento a absolver el interrogatorio de parte que el actor le iba a formular. Tal inasistencia fue penada por la falladora a-quo, conforme a los lineamientos del artículo 205 del CGP, aplicable por remisión analógica al procedimiento laboral, teniéndose por confesados, los hechos 2,4,5,6,7,8,9,10,11,13,15 y16; puntualmente los hechos 7 y 8 refieren a la jornada laboral, que era de 6.30 a .m. a 8 p.m. de lunes a sábado y que el actor laboraba un total de 5.30 horas extras diarias. Tales hechos, confesados presuntamente por el empleador, permiten a esta Sala colegir que efectivamente hubo un tiempo extra laborado por el demandante en toda la ejecución de la relación laboral.

(…)

Pues bien, en el caso puntual, se tiene que el actor afirmó en el hecho 10 de la demanda que fue despedido el día 14 de octubre de 2014, hecho que fue confesado por la parte demandada al dar respuesta a la demanda, calificando sin embargo su aceptación, bajo el argumento de existir una justa causa. No obstante tal calificación, fue desacreditada mediante la confesión ficta impuesta al representante legal de la sociedad Distrisec Ltda., al no absolver el interrogatorio de parte, por lo que, en conclusión, quedó evidenciado que el contrato se terminó por decisión del empleador y no existió una justa causa, para ello

(…)

Como lo aseveró la a-quo, el pago por consignación de las prestaciones libera al empleador de la sanción moratoria, en aquellos eventos en que se deja a disposición del trabajador sin miramientos ni condicionamientos el dinero y, además, se adelantan las gestiones para que tal pago se le entregue a éste.

En el caso puntual, se tiene que la relación laboral finalizó el 14 de octubre de 2015, que el pago por consignación apenas se efectuó el 16 de marzo de 2016, dejándose de una vez claro que en dicho lapso no hay justificación alguna del empleador para no haber pagado las prestaciones debidas y dicho pago apenas se le anunció al trabajador a mediados de mayo de 2016, motivo por el cual solamente en esta calenda, surtió el efecto exonerativo pretendido. Por tal motivo, la decisión de la a-quo al imponer la sanción en estos términos, es acertada.

(…)

Ambas entidades suscribieron contrato de prestación de servicios de distribución fls. 61 y ss. el cual tiene por objeto que Distrisec Ltda, se encargue de distribuir los productos elaborados por Bavaria S.A., en los lugares señalados por esta y para lo cual se valía, conforme a los dichos del declarante Mauricio Alejandro Duran, empleado de Bavaria, de los vehículos y equipos de cómputo que Bavaria S.A. suministraba.

Pues bien, se tiene que entre las labores que ordinariamente adelanta Bavaria, conforme al certificado de tradición anotado, está la de distribuir sus productos, lo que en el caso puntual, conforme se verifica en el convenio, decidió contratar con la codemandada, sin que ello implique que dejó de hacerlo o tenerlo como uno de los elementos integrantes de su objeto social, razón por la cual, al tenor de lo establecido en el canon 34 del CL, es solidariamente responsable, junto con el empleador, de las obligaciones laborales insolutas al demandante.

Y dígase que entre dichas obligaciones se encuentra la indemnización moratoria de que trata el canon 65 del CL, pues la misma, como la trata y enuncia la misma norma, es una indemnización, que por su naturaleza también se trata de una sanción.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintiún (21) días del mes de junio de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho y quince de la mañana (08:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia el magistrado y las magistradas de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación propuestos por la portavoces judiciales de ambas partes contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Jorge Arturo Sepúlveda Calvo*** contra **Distribuciones Santa Cecilia y Cía Ltda. y Bavaria S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Con la asistencia de apoderado judicial pide el actor que se declare que estuvo vinculado laboralmente con la sociedad Distribuciones Santa Cecilia y Cía Ltda., mediante un contrato de trabajo a término indefinido; que se declare que Bavaria S.A. es solidariamente responsable de los derechos laborales derivados del vínculo laboral antes dicho, que al demandante se le adeuda el trabajo suplementario diurno realizado entre el 01 de noviembre de 2014 y el 14 de octubre de 2014 y que la terminación del contrato fue injustificada. Consecuencia de lo anterior, pide condena por concepto de indemnización por despido injustificado, las sumas por tiempo extra no canceladas, la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CL por el no pago de horas extras desde el 01 de noviembre de 2014 y hasta el pago efectivo, por la misma sanción, ante el no pago de la liquidación de prestaciones sociales al finiquito del contrato, por la correspondiente diferencia en los aportes pagados a seguridad social integral y las costas del proceso.

Para así pedir, relata que entre Bavaria y Distrisec existió un contrato de prestación de servicios para la distribución y comercialización de los productos de la primera, que el actor se vinculó con Distrisec mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido, que el actor inició labores el 01 de noviembre de 2014, que el cargo inicial fue el de ayudante de camión repartidor y posteriormente de recaudador, que el horario cumplido por el actor era de 6.30 a.m. a 8 p.m. de lunes a viernes, que siempre laboró 5 horas y media extras diurnas, que el servicios se prestó en la ciudad de Manizales, que el 14 de octubre de 2015 fue despedido, que el último salario percibido era de $960.000 mensuales, que al actor le pagaban la dotación, el auxilio de transporte y la prima de servicios, que no le cancelaban las horas extras, que no le pagaron la liquidación de prestaciones sociales al final del contrato ni la indemnización por despido injustificado.

Admitida la demanda, se dio traslado a los demandados, los cuales allegaron respuesta por medio de apoderado judicial común, pero de manera independiente, en los siguientes términos:

- Bavaria S.A. se pronunció respecto a los hechos de la demanda, indicando que acepta el vínculo que lo ató con la demandada, y frente a los restantes no le constan. Se opone a las pretensiones dirigidas en su contra y excepciona de fondo “Cobro de lo no debido”, “Inexistencia de la causa y de la obligación”, “Inexistencia de solidaridad”, “Prescripción”, “Buena fe” y “Compensación”.

- Distribuciones Santa Cecilia y Cia Ltda se pronunció respecto a los hechos, aceptando el vínculo que lo ató con Bavaria, la fecha de inicio de labores del demandante, los cargos desempeñados, el lugar donde se prestó el servicio, la fecha de terminación del contrato y el despido, los pagos efectuados al demandante y el no pago de indemnización. Respecto a los restantes indica que no son ciertos. Se opone a las pretensiones y excepciona de fondo “Cobro de lo no debido”, “Inexistencia de la causa y de la obligación”, “Prescripción”, “Buena fe” y “Compensación”.

***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

Agotadas las etapas propias del proceso, la a-quo accedió parcialmente a las condenas solicitadas, declarando a Bavaria S.A. responsable solidariamente de las mismas, atendiendo la calidad de beneficiario de la obra y negando la condena por concepto de horas extras.

Para así decidir, determinó primeramente el salario devengado por el actor, encontrando que en el año 2014 fue de $684.000 y en 2015 de $960.000. Seguidamente entró a analizar si hubo despido injusto o no, encontrando que la parte actora acreditó que el convenio feneció por terminación unilateral del empleador, tal como lo aceptó su portavoz al contestar la demanda y este extremo no acreditó la justa causa, razón por la cual impuso condena por esta circunstancia. A continuación entró a analizar el tema de las horas extras laboradas, recordando la posición jurisprudencial que indica que la prueba de las mismas debe ser clara, encontrando que en este caso se echa de menos ella, puesto que ni los documentos ni las declaraciones, dan cuenta con certeza de la jornada cumplida. Desecha también como prueba, la confesión ficta impuesta a la sociedad codemandada, pues encuentra que no le da certeza sobre el número de horas extras laboradas ni los días que ello ocurrió. Por tal razón niega las pretensiones en este punto. Entró a analizar el tema de la sanción moratoria, encontrando que la misma es procedente en este caso, porque si bien hubo un pago por consignación en un juzgado, no se puso al tanto al trabajador sobre el mismo sino tiempo después y no se enarbolaron razones válidas para ello. Por lo tanto, impuso la condena por un total de 211 días.

Finalmente, analizó el tema de la solidaridad de Bavaria S.A., encontrando que esta empresa tiene entre su objeto social, la distribución y comercialización de sus productos, tarea que fue precisamente la encargada a Distrisec Ltda., para la cual laboró el actor. Esta labor, en su sentir, resulta propia del giro ordinario de las tareas ejecutadas por Bavaria, razón por la cual se cumplen las condiciones señaladas en el canon 34 del CL, conclusión que ratifica en que esta suministraba a la contratista los automotores y equipos de cómputo para el cumplimiento de la función.

***III. APELACIÓN***

El portavoz judicial de las codemandadas estuvo inconforme con la decisión, al encontrar que no debió imponerse indemnización por despido injustificado ni moratoria. La primera, atendiendo que el propio demandante al absolver el interrogatorio de parte admitió que el empleador si le manifestó la existencia de unos descuadres, evidenciándose la justa causa. En cuanto a la sanción moratoria, se opone a la condena, por cuanto estima que la empresa obró de buena fe, al punto que ante la ausencia del trabajador, efectuó el pago por consignación.

Tampoco estuvo conforme con la solidaridad de Bavaria S.A., puesto que las tareas realizadas por cada una de las codemandadas es diferente y no están correlacionadas y además, Bavaria dejó de prestar el servicio de distribución.

Finalmente dice que a Bavaria no se le puede imponer la sanción moratoria, amen que la solidaridad se extiende solamente al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones que correspondan, naturaleza que no tiene la sanción regulada en el canon 65 del CL.

El togado que representa los intereses de la parte actora, interpuso el recurso de apelación frente a la negativa de las horas extras. Indicó que en la demanda se establece un horario que cumplía el demandante de lunes a sábado, el cual fue ratificado por los declarantes y que normalmente era de 6.30 a m a 8 p.m. Esa jornada excede la máxima en 5 horas y media, las cuales resultan ser extras. Estima que las horas extras reflejadas en los desprendibles de pago no se compadecen con las efectivamente laboradas. Por lo tanto, pide condena por todas las horas extras laboradas en todo el tiempo del contrato, la sanción moratoria por el no pago de las mismas y el reajuste de los aportes a seguridad social.

***IV. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***V. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

En orden a resolver los recursos propuestos, la Sala deberá abordar, en el orden de enunciación, los siguientes problemas jurídicos:

*¿Hay prueba del trabajo suplementario desarrollado por el demandante?*

*¿Se dan las condiciones probatorias necesarias para que se imponga la indemnización por despido injustificado?*

*¿Hay lugar a imponer sanción moratoria?*

*¿Es Bavaria S.A. solidariamente responsable de las obligaciones laborales insolutas, en los términos del canon 34 del CL?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

**Prueba de las horas extras.**

El artículo 161 del CL establece la jornada máxima legal que aplica en nuestro país, la cual es de 8 horas diarias, siendo por tanto jornada adicional o suplementaria, aquella que supere dicho espacio horario.

El canon 160 de la obra que viene citándose, establece que el trabajo ordinario va de las 6 a.m. a las 10 de la noche, considerándose nocturno aquel que va de las 10 de la noche a las 6 a.m., lo que se traduce en que las horas extras causadas en el horario ordinario se computarán como extras diurnas, con un valor adicional de 25% y las nocturnas con un monto del 75% más de la hora ordinaria, conforme se indica en el canon 168 ibidem.

Finalmente, debe decirse que la jornada máxima, por mandato del artículo 167de la misma obra legal, debe distribuirse en al menos, dos secciones, con un intermedio de descanso.

Probatoriamente hablando, estas normas establecen unas cargas que radican principalmente en el trabajador que pretende el reconocimiento del sobresueldo por las jornadas extras laboradas. En efecto, le corresponde demostrar de manera clara e inequívoca los periodos laborados adicionalmente a la jornada, prueba que debe relevar al juzgador de efectuar conjeturas. El tema ha sido tratado por la Sala de Casaci{on Laboral, siendo pertinente citar uno de tales pronunciamientos:

*“No puede olvidarse que de conformidad con lo provisto en el artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, en el caso bajo estudio, le correspondía a la demandante acreditar el trabajo suplementario y en días de descanso obligatorio que dice haber laborado, pues al juez no le está permitido «hacer deducciones conjeturales, aproximaciones o cálculos indeterminados», como bien lo sostuvo el Tribunal, que es en últimas lo que persigue la censura (CSJ SL 21034 -2017)” (SL 433 de 2018).*

Tal deber probatorio, dígase de una vez, puede cumplirse con cualquier medio idóneo, conforme a la libertad probatoria que impera en el proceso laboral.

Pues bien, uno de tales medios es el de la confesión ficta, en virtud de la cual, la inasistencia de uno de los litigantes a absolver el interrogatorio que le formulara el otro, acarrea tener por ciertos los hechos susceptibles de tal prueba, debiéndose eso sí concretar por el Juez cuales de los hechos ostentan tal calidad, con el fin de que la parte pueda rebatirlos.

En el caso puntual, se tiene que el Representante legal de la sociedad demandada Distrisec Ltda., no compareció a la audiencia de trámite y juzgamiento a absolver el interrogatorio de parte que el actor le iba a formular. Tal inasistencia fue penada por la falladora a-quo, conforme a los lineamientos del artículo 205 del CGP, aplicable por remisión analógica al procedimiento laboral, teniéndose por confesados, los hechos 2,4,5,6,7,8,9,10,11,13,15 y16; puntualmente los hechos 7 y 8 refieren a la jornada laboral, que era de 6.30 a .m. a 8 p.m. de lunes a sábado y que el actor laboraba un total de 5.30 horas extras diarias. Tales hechos, confesados presuntamente por el empleador, permiten a esta Sala colegir que efectivamente hubo un tiempo extra laborado por el demandante en toda la ejecución de la relación laboral.

Sin embargo, dicho tiempo no puede ser de 5.30 horas, puesto que al tenor del artículo 167 del CL, debe existir un intermedio para que los trabajadores suplan sus necesidades, esto es, para que tomen sus alimentos y puedan atender los requerimientos fisiológicos, entre otros aspectos, lapso que no se contabiliza en la jornada. Dicho tiempo no está regulado o establecido en la Ley, pero atendiendo la naturaleza de la labor ejecutada por el demandante, inicialmente ayudante de camión repartidor y, posteriormente recaudador, se puede colegir que dicho lapso corresponde entre una y dos horas correspondientes a la hora de almuerzo, lapso que usualmente se ha tomado como intermedio entre las jornadas laborales de mañana y tarde.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo dicho, se descontara de dichos períodos una hora de intermedio, quedando un total de 4 horas y 30 minutos de tiempo laborado que supera la jornada adicional.

Teniendo presente que el demandante laboró un total de 345 días entre el 01 de noviembre de 2014 y el 14 de octubre de 2015 y que entre dichos lapsos 50 días corresponde a domingos y 18 a días feriados, quedan 277 días laborados, en los cuales trabajo el número de horas extras enunciado, 47 laborados en el año 2014 y 230 en el año 2015, diferenciación que se hace porque en cada uno de los años tuvo diferentes salarios, como lo reconoció la Jueza y lo aceptaron las partes, motivo por el cual la remuneración de las horas extras diurnas laboradas, se hará por cada anualidad así:



Sin embargo, este valor no puede ser el total de la condena, pues en las colillas de pago efectuadas al demandante –fls. 94 a 104-, aparecen unos pagos por concepto de horas extras, que la misma parte actora, al absolver el interrogatorio de parte aceptó conocer y haber suscrito. Por ello, encuentra esta Sala viable descontar tales montos, los cuales se concretan en el siguiente cuadro:



Así las cosas, se dispondrá el reconocimiento y pago de las horas extras diurnas laboradas por el demandante, por valor de $5.525.395.

Igualmente, atendiendo que estos valores forman parte integrante del salario, conforme los lineamientos de la regla 127 del CL, se deberá reajustar el monto pagado al sistema de seguridad social en pensiones, teniendo como salario base para el año 2014 la suma de $1.060.734 y para el año 2015 $1.504.737, debiéndose además agregar los intereses moratorios correspondientes. Tal obligación se cumplirá, previa liquidación del título pensional correspondiente por parte del Fondo que indique el demandante en el lapso de 15 días después de notificado este fallo y, de no informar qué fondo, al que el empleador considere.

**Despido injustificado.**

El artículo 64 del CL establece la indemnización que debe pagar el empleador al trabajador, cuando quiera que aquel despida injustificadamente a éste.

Probatoriamente hablando, se ha decantado en estos casos, que le incumbe al trabajador acreditar que fue despedido por el empleador o que renunció inducido por éste y al empleador, acreditar que existió una justa causa para la terminación o que la causa alegada para el “autodespido” no acaeció.

Pues bien, en el caso puntual, se tiene que el actor afirmó en el hecho 10 de la demanda que fue despedido el día 14 de octubre de 2014, hecho que fue confesado por la parte demandada al dar respuesta a la demanda, calificando sin embargo su aceptación, bajo el argumento de existir una justa causa. No obstante tal calificación, fue desacreditada mediante la confesión ficta impuesta al representante legal de la sociedad Distrisec Ltda., al no absolver el interrogatorio de parte, por lo que, en conclusión, quedó evidenciado que el contrato se terminó por decisión del empleador y no existió una justa causa, para ello, conclusión que se refrenda en las manifestaciones vertidas por el mismo actor al absolver el interrogatorio de parte, en el cual, de una vez dígase, que no es cierto que hubiere confesado la existencia de faltantes en su interrogatorio de parte, sino que dijo que esas fueron las razones dadas por el empleador, pero que en realidad sus cuentas siempre cuadraron, por lo que, se insiste, no hay acreditación de la justa causa.

Por lo tanto, está plenamente acreditado el despido del trabajador y la no existencia de una justa causa para que se tomara tal decisión, por lo que la consecuencia necesaria es la confirmación de la sentencia en este aspecto.

**Sanción moratoria. Art. 65 CL.**

Se alega por parte de la empresa Distritec haber obrado de buena fe respecto a su trabajador, pues efectuó pago por consignación ante un Juzgado Laboral de esta ciudad y dejó el dinero a órdenes del trabajador.

Pues bien, lo primero que debe decirse es que esta sanción no opera de forma automática, sino que incumbe al juzgador establecer si hubo buena o mala fe por parte del empleador ante el impago de los salarios insolutos, la cual se estudia y verifica al momento del finiquito laboral. Debe además precisarse, que es el empleador, el encargado de esbozar las razones que lo llevaron, al finalizar el contrato de trabajo, a no pagar la liquidación final del mismo.

Pues bien, la excusa propuesta por Distritec en este asunto, no es otra que la de que efectuó el pago por consignación, pago que dígase de una vez, se efectuó el 16 de marzo de 2016 conforme obra en el acta de pago elaborada en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira –fls. 175 vto.-, pero que como quedó comprobado con la aseveración del demandante en el interrogatorio de parte, apenas conoció 15 días antes del pago, el cual se efectuó el 01 de junio de 2016 –fl. 175 fte.-.

Como lo aseveró la a-quo, el pago por consignación de las prestaciones libera al empleador de la sanción moratoria, en aquellos eventos en que se deja a disposición del trabajador sin miramientos ni condicionamientos el dinero y, además, se adelantan las gestiones para que tal pago se le entregue a éste.

En el caso puntual, se tiene que la relación laboral finalizó el 14 de octubre de 2015, que el pago por consignación apenas se efectuó el 16 de marzo de 2016, dejándose de una vez claro que en dicho lapso no hay justificación alguna del empleador para no haber pagado las prestaciones debidas y dicho pago apenas se le anunció al trabajador a mediados de mayo de 2016, motivo por el cual solamente en esta calenda, surtió el efecto exonerativo pretendido. Por tal motivo, la decisión de la a-quo al imponer la sanción en estos términos, es acertada.

Ahora, como se verificó en acápites anteriores, al trabajador se le adeudaban, además de las prestaciones sociales, el valor del trabajo suplementario, suma que claramente no está contenida en la liquidación que efectuó la empresa, ni siquiera como base para liquidar las restantes prestaciones. Por tal motivo y ante la inexistencia de justificación alguna por cuenta del empleador Distritec frente al impago de tales valores suplementarios, estima la Sala que el pago por consignación efectuado no detiene la sanción moratoria del artículo 65 del CL, sino que la misma se debe mantener vigente hasta que se efectúe el pago definitivo de las sumas anteriormente concretadas. Por tal razón, se tiene que la moratoria correrá entre el 15 de octubre de 2015 y el 14 de octubre de 2017, a razón de un día de salario por cada día de tardanza, lo que equivale a la suma de $23.040.000 y a partir del mes 25 y hasta que se efectúe el pago, se adeudaran los réditos moratorios a la tasa más alta para los créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera. Se modificará la sentencia en este aspecto, atendiendo la apelación de la parte actora frente a este ítem.

**Solidaridad de Bavaria S.A.**

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, se analizará puntualmente la hipótesis contenida en el canon 34 del CL. Esta norma establece que en aquellos eventos en que el beneficiario o dueño de la obra contrate con un tercero la realización de labores que sean símiles o afines a las que ordinariamente adelanta aquel, será solidario responsablemente de las obligaciones laborales insolutas al trabajador, puntualmente de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se generen en favor del empleado. El tema ha sido tratado ampliamente por la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, estimándose pertinente citar un pronunciamiento reciente para mayor claridad:

*“En asuntos de similares contornos, la Sala de Casación Laboral ha definido que la solidaridad de que trata el artículo 34, no surge del hecho de que las labores del contratista independiente sean idénticas a las del dueño o beneficiario de la obra, pero tampoco de cualquier labor ejecutada, pues dichas actividades deben ser* ***afines con el propósito que busca el contratante.***

*Así lo sostuvo en sentencia SL7789-2016 cuando dijo:*

*“No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra,* ***pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales.*** *En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas* ***coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines****”” (Sentencia SL11172-2017 del 26 de julio de 2017). –negrillas de la Sala-*

Así las cosas, es indispensable verificar si entre la labor contratada al tercero y las que ordinariamente ejecuta el contratante, como explotación o cumplimiento de su objeto o misión, existe afinidad, similitud o igualdad y, en tal caso, imponer la solidaridad correspondiente. Ahora, es necesario precisar que el tema de la afinidad, necesariamente debe entenderse en el marco de las concausas o factores que realmente sean basales para el cumplimiento del objeto social, sin extenderse a aquellas actividades que siendo importantes no definen o efectivizan el cumplimiento del mismo o bien que son comunes a todos los objetos sociales.

En el caso puntual, se tiene que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Bavaria S.A., aportado con la demanda –fls. 9 y ss.- se observa que la misma se dedica especialmente a todo lo relacionado con la fabricación, producción y comercialización de cerveza y de otras bebidas, destacándose en el punto 2 de dicho objeto, que tal tarea implica también la distribución del producto.

Por su parte, Distribuciones Santa Cecilia, se encarga precisamente de todo lo relacionado a la organización, coordinación y distribución de mercancías, tal como se extracta de su objeto social, visible a folios 20 y ss.

Ambas entidades suscribieron contrato de prestación de servicios de distribución fls. 61 y ss. el cual tiene por objeto que Distrisec Ltda, se encargue de distribuir los productos elaborados por Bavaria S.A., en los lugares señalados por esta y para lo cual se valía, conforme a los dichos del declarante Mauricio Alejandro Duran, empleado de Bavaria, de los vehículos y equipos de cómputo que Bavaria S.A. suministraba.

Pues bien, se tiene que entre las labores que ordinariamente adelanta Bavaria, conforme al certificado de tradición anotado, está la de distribuir sus productos, lo que en el caso puntual, conforme se verifica en el convenio, decidió contratar con la codemandada, sin que ello implique que dejó de hacerlo o tenerlo como uno de los elementos integrantes de su objeto social, razón por la cual, al tenor de lo establecido en el canon 34 del CL, es solidariamente responsable, junto con el empleador, de las obligaciones laborales insolutas al demandante.

Y dígase que entre dichas obligaciones se encuentra la indemnización moratoria de que trata el canon 65 del CL, pues la misma, como la trata y enuncia la misma norma, es una indemnización, que por su naturaleza también se trata de una sanción. En efecto, mediante la misma se sanciona al empleador que no paga al finiquito del contrato la liquidación definitiva de prestaciones sociales, pero además, se le indemniza al trabajador la mora en el pago de tales sumas, por lo que claramente no se le puede tratar de una manera diferente o ajena a una indemnización desprendida del contrato de trabajo, como lo pretende el apelante.

En consecuencia, se observa acierto en la falladora de primer grado respecto a este asunto, por lo que se confirmará.

En síntesis de lo discurrido, se revocará parcialmente la sentencia, condenando a los codemandados a reconocer y pagar las horas extras diurnas especificadas y lo tocante a la sanción moratoria, que se modificara, conforme a lo indicado. El resto de la providencia se confirmará.

Respecto a la condena en costas, las mismas correrán por cuenta de las codemandadas y a favor de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

***1. Revocar parcialmente el ordinal 6º*** dela sentencia dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 27 de julio de 2017, dentro del proceso de la referencia, y en su lugar condenar solidariamente a las codemandadas a pagar al señor Jorge Alexander Sepúlveda Cano la suma de $5.525.395 por concepto de horas extras diurnas laboradas en toda la relación laboral. Igualmente, se deberán reajustar el monto pagado al sistema de seguridad social en pensiones, teniendo como salario base para el año 2014 la suma de $1.060.734 y para el año 2015 $1.504.737, debiéndose además agregar los intereses moratorios correspondientes. Tal obligación se cumplirá, previa liquidación del título pensional correspondiente por parte del Fondo que indique el demandante en el lapso de 15 días después de notificado este fallo y, de no informar qué fondo, al que el empleador considere.

**2.** Modificar el ordinal tercero de la sentencia mencionada en lo tocante a que la sanción moratoria de que trata el canon 65 del CL entre el 15 de octubre de 2015 y el 14 de octubre de 2017, a razón de un día de salario por cada día de tardanza, lo que equivale a la suma de $23.040.000 y a partir del mes 25 y hasta que se efectúe el pago, se adeudaran los réditos moratorios a la tasa más alta para los créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

***3. Confirma*** la sentencia en todo lo demás.

***4. Costas*** *en esta instancia a cargo de las codemandadas.*

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

Magistrada Magistrada

**ALOSNO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario.