El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 la respectiva Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Asunto.** Apelación sentencia

**Proceso.** Ordinario laboral

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-003-2014-00230-01

**Demandante:** Álvaro Hincapié Henao

**Demandado:** S. Osorio V. y CÍA. S.C.A. y Santiago Osorio Valenzuela

**Juzgado de Origen:** Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Tema: DESCUENTOS PROHIBIDOS - INDEMNIZACIONES MORATORIAS POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS Y POR NO PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES –** **SANCIÓN MORATORIA POR CESANTÍAS – SOLIDARIDAD DE SOCIO COMANDITARIO -**Sobre éste aspecto el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con lo expresado con en el artículo 59 ibídem, señala que el empleador no está facultado para deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden previa suscrita por el trabajador para cada caso o sin mandamiento judicial, lo relacionado entre otros, al uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; y las deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes.

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha sostenido que cuando los descuentos se hacen después de terminado el contrato de trabajo, para ello no se requiere de autorización escrita por el trabajador, teniendo en cuenta que para dicho momento, la subordinación desaparece, como también fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para los créditos dados por el empleador al trabajador, sin que con ello se produzca consecuencias adversas en el mundo laboral, pues si a los créditos laborales se les negara su valor pignoraticio por no poder obrar frente a ellos la compensación en el momento de la terminación del contrato, se afectaría la fluidez de aquellas relaciones laborales para cuyo cabal desarrollo se deban entregar valores al trabajador.

(…)

Al respecto debe advertirse que no hay razón que justifique la no consignación de las cesantías en el tiempo establecido, máxime cuando la afirmación que existiera del acuerdo para que se le pagaran directamente en que el momento que el actor la necesitara, por cuanto las utilizaría para abonar a la camioneta que había adquirido, quedó huérfana de prueba.

(…)

En cuanto a la sociedad en comandita por acciones si bien no lo ha definido el Código de Comercio se ha entendido como una sociedad capitalista cuyo capital social está dividido en acciones, que se formará por las aportaciones de los socios, uno de los cuales, al menos, se encargará de la administración de la sociedad y responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.

De esta manera comparte esta sociedad una mixtura (art.352 C.Co), pues de una parte el socio gestor responde solidaria e ilimitadamente y en lo no previsto respecto a esto se aplicarán las normas de la sociedad colectiva, en donde el artículo 294 ib. señala que la responsabilidad de estos socios es solidaria e ilimitada por las operaciones sociales cuando se demuestren que la sociedad ha sido requerida vanamente para el pago. De otra parte los socios comanditarios por acciones en lo no regulado se aplicarán las normas de la sociedad anónima.

Atendiendo lo pretendido por el actor y la calidad en que se cita al señor Santiago Osorio Valenzuela, socio comanditario, condición que también ostenta de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandada (fl.54 vto.) y no como socio gestor, no queda más que decir que de él no se puede predicar la solidaridad pretendida, pues en éste evento, de conformidad con el artículo 352 ib., en lo no previsto en las sociedades en comandita por acciones, se remitirá en relación con los socios comanditarios a las sociedades anónimas, que son sociedades de capital, que no están contempladas en el artículo 36 del CST.

En Pereira, a los dieciocho (18) días del mes de diciembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación frente a la sentencia proferida el 24 de agosto de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Álvaro Hincapié Henao** contra la empresa **S. Osorio V. y CÍA. S.C.A.** y **Santiago Osorio Valenzuela** como socio comanditario,radicado 66001-31-05-003-2014-00230-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende el señor Álvaro Hincapié Henao, que se declare que entre él y la empresa S. Osorio V. y CÍA. S.C.A., representada legalmente por el socio gestor Santiago Osorio Valenzuela existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, desde el 01-09-2005 (sic) hasta el 01-06-2013, que finalizó por causa imputable al empleador; asimismo que es solidariamente responsable de las acreencias laborales Santiago Osorio Valenzuela como socio comanditario; en consecuencia, se los condene a reconocerle y pagarle la suma de $6.000.000 que se le descontó de las prestaciones definitivas sin su autorización; $20.000.000 por salarios adeudados; $6.750.000 por auxilio de nitrocrop; y las indemnizaciones por despido sin justa causa, por el no pago oportuno de las cesantías y la no consignación de las mismas.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) el 27-05-2005 el señor Santiago Osorio Valenzuela constituyó la persona jurídica S. Osorio V. y CÍA. S.C.A., cuyo objeto es la explotación industrial y comercial de predios agrícolas; en la escritura de conformación quedó como socio comanditario; (ii) el 01-09-2011 fue vinculado por la sociedad a través de un contrato verbal y a término indefinido, donde desempeñó las labores de preparación, suministro y aplicación de mezclas de fertilizantes en las fincas dedicadas a la explotación agropecuaria, situados en los municipios de Viterbo, Caldas; La Virginia y Pereira Risaralda, y la Unión, Toro y Anserma Nuevo del Valle del Cauca.

(iii) Cumplió un horario de 8 horas diarias, de lunes a sábado, con un salario de $2.000.000 mensuales, pagaderos por quincenas de un $1.000.000.

(iv) Para el cumplimiento de sus labores, la sociedad demandada puso a su disposición un vehículo tipo camioneta, en el que transportaba los insumos y herramientas para su trabajo.

Este vehículo comenzó a presentar reiteradas fallas, razón por la cual se vio avocado a adquirir uno nuevo, en el mes de junio de 2012, y por las dificultades contables de la empresa, el señor Osorio Valenzuela le propuso que sirviera de intermediario para su adquisición, razón por la cual prestó su nombre y el vehículo se obtuvo con una serie de condiciones, tales como que la empresa Stoller Colombia SA apoyaría la adquisición del vehículo con un aporte de 1000 litros de nitrocrop mensuales (fertilizante), equivalentes a $1.500.000; el auxilio se programó a 60 meses, igual término de la financiación del vehículo, el que al cumplirse, daría lugar a que el actor se quedara con el vehículo; asimismo para la compra del automotor adquirió un crédito con Davivienda de $41.000.000; y la demandada le entregó a título de préstamo la suma de $6.000.000 para cuota inicial.

(v) Agrega que a pesar que la empresa Stoller Colombia empezó a hacer efectivo el auxilio de 1000 litros de nitrocrop, la demandada omitió entregarle la totalidad de dicho auxilio; asimismo que si bien el contrato de trabajo terminó el 30-09-2013 solo hasta el 10-02-2014 le cancelaron las prestaciones sociales, a través de consignación en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira; no obstante se le descontó la suma de $6.000.000 por concepto de préstamo para la adquisición del vehículo, sin su autorización; tampoco le consignaron las cesantías consolidadas a 31-12-2011 y de 2012; y omitió afiliarlo en el régimen de seguridad social desde septiembre de 2011 hasta febrero de 2012.

**S. Osorio V. y CIA S.C.A** aceptó la mayoría de los hechos especialemnete la existencia del contrato de trabajo, el salario, igualmente que le prestó la suma de $6.000.000 para la cuota inicial.

Por el contrario negó que la adquisición del vehículo se hubiere hecho por parte de la empresa, toda vez que quien obró como propietario fue el demandante. Asimismo, que el subsidio de 1000 litros mensuales de fertilizante nitrocrop se convino por la empresa Stoller Colombia SA con la sociedad demandada, condicionado al cumplimiento de metas y no para otro fin.

En relación con el pago de las prestaciones sociales adujo que fue el mismo actor quien dilató la entrega de la liquidación, por cuanto en repetidas ocasiones al ser contactado éste manifestó que no lo liquidaran ya que debía ajustar unas cuentas de unos gastos que había asumido; lo mismo sucedió con las cesantías, al solicitar que no fueran consignadas, sino pagadas directamente en el momento que las necesitara, por cuanto las utilizaría para abonar a la camioneta que había adquirido.

En cuanto a la seguridad social expresó que al inicio la empresa solo contaba con 2 empleados, por ello, las entidades encargadas negaron la afiliación y por tal razón solo hasta el mes de marzo pudo concretarse.

Por último señaló que el actor prestó sus servicios a la empresa y no al señor Santiago Osorio Valenzuela.

Frente a las pretensiones se opuso y propuso las excepciones de *“inexistencia de las obligaciones reclamadas”; “pago”, “cobro de lo no debido”, “enriquecimiento sin justa causa”, “prescripción”, “compensación” y “buena fe”.*

**Santiago Osorio Valenzuela** aceptó la labor que desempeñó el actor; el extremo inicial; el préstamo de $6.000.000; pero aclaró que la empleadora fue la empresa S. Osorio V. y CIA S.C.A y no él, por cuanto sólo actuaba en calidad de representante legal de la sociedad.

Frente a las pretensiones se opuso y propuso las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”; “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, “pago”, “cobro de lo no debido”, “enriquecimiento sin causa”, “prescripción”, “compensación” y “buena fe”.*

**2. Síntesis de la sentencia objeto de apelación**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró que entre el demandante y la sociedad S. Osorio V. y CIA S.C.A. existió un contrato de trabajo, celebrado en forma verbal, a término indefinido, cuyos extremos temporales se dieron entre el 01-09-2011 y el 30-09-2013, el cual terminó por decisión unilateral atribuible a la empleadora, por lo que se le canceló la indemnización correspondiente.

Respecto de los pedidos económicos que planteó el actor frente a la sociedad, los negó, igual sucedió con la solidaridad.

Como fundamento de su decisión en lo que interesa al recurso expuso que se probó con la prueba testimonial que fue el mismo actor quien dispuso la compra del vehículo, por el que pagó la suma de $6.000.000 como cuota inicial, máxime cuando éste siempre estuvo a su nombre.

Respecto al descuento de los $6.000.000 adujo que si bien la parte demandada no tenía la autorización para hacerlo, no hay lugar a su reintegro, por cuanto se hizo con ocasión a una deuda adquirida por el trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo, con el propósito de comprar el vehículo para su uso y usufructo.

En cuanto a los salarios que se dejaron de percibir se probó con las nóminas de cada uno de los meses y los cheques que los recibió.

Frente al auxilio de nitrocrop encontró demostrado con los dichos del señor Juan Alberto Gonzales Arango y Luz Dary Tapasco Ibarra, que éste era un incentivo para la sociedad.

En relación con la indemnización por no consignación de cesantías señaló que si bien no se consignaron en el fondo privado, se advirtió dentro del proceso que ello se debió a la absoluta confianza que se tenía en el actor para el manejo del dinero dentro de la sociedad.

En cuanto a la sanción por no pago de las prestaciones sociales tampoco la impuso por cuanto el actor reconoció que no entregó todos y cada uno de los comprobantes que tenía en su poder, por lo tanto, no se podía hacer una liquidación correcta de sus prestaciones sociales, pues se desconocía si había sumas o no a favor de la parte demandada o favor de la parte demandante, por eso cuando no cumplió con los requerimientos que insistentemente se le hicieron, la sociedad procedió a hacer la consignación en el juzgado.

Por último, frente a la solidaridad señaló que si bien es cierto no hubo condena contra la entidad empleadora, no habría solidaridad del socio gestor, al ser la sociedad comandita por acciones y el señor Santiago Osorio Valenzuela socio gestor de la entidad, su responsabilidad es completamente ilimitada, abierta y en ese sentido no se le podría aplicar el art. 36 del CST, porque allí se habla de responsabilidad limitada.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Contra la anterior decisión se presentó recurso de apelación por la parte demandante, que sustentó en 6 puntos:

1) La negativa frente al reembolso de los $6.000.000 que fue descontado por la demandada, sin autorización del trabajador, bajo el argumento de que se trató de un préstamo personal para la adquisición de un vehículo, sin embargo, no existe prueba alguna de que se trataba de un préstamo, y no fue así porque desde la demanda se plasmó que el actor tuvo a su disposición un vehículo desde que inició la relación laboral hasta mediados de 2012 y por ello no hubo necesidad de desembolsos de dinero y solo esa situación se presenta cuando tuvo averías, para posteriormente adquirirse la nueva camioneta con el auxilio de nitrocrop, así las cosas el descuento que hizo la demandada no se compagina con lo establecido en el artículo 149 del CST.

2) Los salarios dejados de percibir, teniendo en cuenta que según el folio 118, le empresa manifiesta en cuanto a los salarios del año 2011 que en septiembre pagó $700.000; octubre, noviembre y diciembre $1.000.0000, por lo que la misma empresa con este documento demuestra que no pagó los $2.000.000 que fueron acordados entre las partes, por lo tanto, no es cierto que no se le deban salarios al actor porque incluso con la contestación de la demanda la parte pasiva aceptó el pacto de los $2.000.000.

3) El auxilio de nitrocrop, de este se vino a hablar solo cuando hubo la necesidad de adquirir la nueva camioneta y era para ayudar a pagar la cuota, sin embargo, la demandada dice que pagó un arrendamiento por la camioneta, no obstante, no hay prueba del contrato, entonces ni pagaba el arrendamiento, se quedaba con el auxilio y al actor le tocaba con los mismo $2.000.000 poner al mismo servicio de la empresa ese bien que estaba inicialmente para el servicio de la empresa y luego con los documentos, que si bien indican que lo adquirió el actor, eso no quiere decir que los auxilios vayan a tener una salida soslayada.

4) En relación con las indemnizaciones moratorias por el no pago de las prestaciones sociales definitivas y la no consignación de cesantías manifestó que no se comparte la decisión del juzgado respecto de la primera de exonerar a la demandada porque el trabajador dijo que no se las consignara por la deuda de una camioneta, teniendo en cuenta que el actor tuvo que citar al demandado en dos oportunidades al Ministerio de Trabajo y por ello el empleador consignó las prestaciones sociales las que no fueron oportunas.

En relación con las segundas, porque la demandada no actuó de buena fe, como lo dijo el Juzgado, por el alto grado de confianza que había entre las partes, que incluso le giraban unos cheques para que dispusiera de ellos, cuando estos eran para el pago de los trabajadores, pues este argumento no puede ser suficiente para decir que el demandado actuó de buena fe.

Además el actor en el interrogatorio de parte en ningún momento dijo que no le consignaran las cesantías de 2011 y 2012, sino lo relacionado con las prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral.

5) Finalmente, en lo que tiene que ver con la compensación de la seguridad social que tiene que haber pagado el patrono desde que se inició la relación laboral hasta que decidió incluirlo, pues si bien por error en las pretensiones no se pidió, lo cierto es que se solicitó que se haga uso de las facultades ultra y extra petita, las que solo operan si ha sido objeto de controversia y se ha garantizado el derecho de defensa de las partes, como se dijo en los hechos y fue referida en la contestación de la demanda cuando dijeron que al inicio de la relación laboral no tenían condiciones económicas para haber afiliado al demandante a la seguridad social, por lo tanto, debió el juzgado pronunciarse al respecto.

6. Por último frente a la solidaridad señaló que se aparta de lo dicho por el Juzgado pues cuando se habla de una responsabilidad ilimitada quiere decir que el señor Santiago personalmente debe responder ilimitadamente por las acreencias que se le logren probar a cargo de la empresa, por ello lo que dice el artículo 36 es que su responsabilidad es hasta el monto de sus obligaciones en su totalidad.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problemas jurídicos**

De acuerdo con los puntos objeto de apelación, la Sala plantea los siguientes cuestionamientos:

(i) ¿Hay lugar a que la sociedad S. Osorio V. y CIA S.C.A le reembolse el descuento de los $6.000.000 que le efectuó al actor a la terminación del contrato?

(ii) ¿Le adeuda la empresa S. Osorio V. y CIA S.C.A salarios al actor y algún monto por el auxilio de nitrocrop?

(iii) ¿Existió mala fe por el empleador y por ende es procedente la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y la sanción por no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990?

(iv) ¿Es solidario de las acreencias laborales de la sociedad S. Osorio V. y CIA S.C.A Santiago Osorio Valenzuela como socio comanditario?

(v) ¿Debió la primera instancia en virtud de las facultades ultra o extra petita reconocer los aportes a la seguridad social?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1 Descuentos prohibidos**

La inconformidad radica en la suma de $6.000.000 que le descontó la demandada de las prestaciones definitivas sin su autorización, y que la jueza consideró no hay lugar a reembolsar por haber sucedido ello a la terminación del contrato.

Sobre éste aspecto el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con lo expresado con en el artículo 59 *ibídem*, señala que el empleador no está facultado para deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden previa suscrita por el trabajador para cada caso o sin mandamiento judicial, lo relacionado entre otros, al uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; y las deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes.

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral[[1]](#footnote-1) ha sostenido que cuando los descuentos se hacen después de terminado el contrato de trabajo, para ello no se requiere de autorización escrita por el trabajador, teniendo en cuenta que para dicho momento, la subordinación desaparece, como también fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para los créditos dados por el empleador al trabajador, sin que con ello se produzca consecuencias adversas en el mundo laboral, pues si a los créditos laborales se les negara su valor pignoraticio por no poder obrar frente a ellos la compensación en el momento de la terminación del contrato, se afectaría la fluidez de aquellas relaciones laborales para cuyo cabal desarrollo se deban entregar valores al trabajador.

Efectivamente se probó el descuento referido con el documento obrante a folio 65, liquidación de prestaciones sociales del actor; que tuvo como causa el préstamo que se le hiciera para pagar la cuota inicial del vehículo que adquirió, como éste lo confesó en el hecho 2.22 de la demanda y en el interrogatorio de parte, lo que se materializó con el cheque No.82552-4 que se libró a Motores de Occidente SAS el 02-06-2012 y que reposa a folio 66; sin que lo afirmado por el demandante en cuanto a que el prestó su nombre para la compra del automotor, ponga en duda lo ya acreditado; por cuanto esto entra en contradicción con lo solicitado de reembolsarle este dinero, no por falta de causa en el descuento, sino por ausencia de autorización; de lo que se infiere que efectivamente el préstamo existió, máxime que tampoco demostró que la posesión del vehículo la detentaba la sociedad demandada, por el contrario confesó que el vehículo lo tenía bajo su poder.

De igual manera se acreditó que el descuento se realizó luego de terminado el vínculo laboral, por lo que no requería de una autorización por parte del trabajador, como lo ha dicho el máximo Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia ya citada; dado que las restricciones al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización tiene carácter protector plenamente justificado durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir, cuando está en pleno vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador, situación diferente a la que aconteció en el caso particular.

Por lo tanto, no prospera la apelación de la parte demandante en este aspecto.

**2.2 Salarios dejados de percibir y el auxilio de nitrocrop**

El siguiente reparo se presenta frente a los salarios dejados de pagar de manera completa, pero sólo por los meses de septiembre a diciembre de 2011.

En primer lugar hay que decirse que se confesó por la parte demandada el salario devengado por el actor de $2.000.000 mensuales que prima sobre lo dicho por los testigos; en segundo término que no se desvirtuó la afirmación indefinida que hizo el demandante del pago inferior a esta suma, a pesar de los soportes contables que se allegaron (fls. 116 a 181), si en cuenta se tiene que dentro de ellos, específicamente en los folios 118 y 119, se encuentran los pagos al actor entre los meses septiembre de 2011 a febrero de 2012, que muestran que recibió por el mes de septiembre $700.000; por los meses de octubre a diciembre de 2011, $1.000.000 mensuales, y por enero y febrero de 2012, $2.000.000; para un total de $7.700.000, por concepto de servicios prestados de septiembre de 2011 a 2012, según se plasmó en el folio 119, sin que repose otro documento que sustente un pago adicional por esos lapsos, para completar el salario.

Por lo anterior, al dejar de acreditar la sociedad demandada el pago completo del salario de $2.000.000 entre los meses de septiembre a diciembre de 2011, siendo su carga, se debe concluir que se le adeuda al demandante por el mes de septiembre de 2011, $1.300.000; por el mes de octubre, $1.000.000; noviembre, $1.000.000 y diciembre $1.000.000; para un total de $4.300.000 por concepto de salarios, de tal manera que prospera la apelación en este aspecto.

Ahora en cuanto al auxilio de nitrocrop se advierte que según los testigos Juan Alberto Gonzales Arango y Luz Dary Tapasco Ibarra, como contador y auxiliar contable de la sociedad demandada respectivamente, ese auxilio fue convenido directamente entre Stoller Colombia S.A. y la sociedad S. Osorio V. y CIA S.C.A, para garantizar la distribución del producto nitrocrop 23 que se estaba implementando en la región; información que concuerda con el correo electrónico visible a folio 9 dirigido al señor Santiago Osorio Valenzuela por parte del manager de Stoller Colombia SA, fechado a 03-09-2014, en el que se establece que cuando se negoció la distribución de nitrocrop 23 para el norte del Valle, a través de la sociedad S. Osorio V. y CIA S.C.A, se definió la entrega de los 1.000 litros para que sirviera como apoyo parcial o total en la contratación y pago de un promotor para la labor de la generación de la demanda del producto en la zona.

Por lo anterior, no se acreditó que el mencionado auxilio hubiese sido para apoyar la adquisición del vehículo a través de un aporte de 1.000 litros de nitrocrop mensuales, y menos que estos equivalían a $1.500.000 y que se hubieren pagado directamente al actor o por el contrario dejado de hacerlo, razón por la cual no sale avante la apelación en este aspecto.

**2.3 Indemnización moratoria del artículo 65 del CST**

Ha dicho la jurisprudencia que tal indemnización no es de aplicación automática[[2]](#footnote-2); en consecuencia debe estar precedida de un examen de la conducta del empleador, con el fin de determinar si actuó de buena fe al omitir o retardar el reconocimiento de las acreencias laborales.

Bien. Se advierte en este asunto que es inexistente motivo o justificación en la sociedad demandada S. Osorio V. y CIA S.C.A que permita exonerarla de dicha sanción por demorar 4 meses el pago de la liquidación de prestaciones y vacaciones (fl.64); al no ser de recibo el argumento que la falta de pago obedeció a que el actor fue quien dilató la entrega de la liquidación, por ser contactado en repetidas ocasiones por la señora Luz Dary Tapasco Ibarra, auxiliar contable de la empresa, con el fin de que reclamara su liquidación, sin que aquel lo hiciere al estar pendiente de ajustar unas cuentas; lo que no logró probar la parte demandada, pues a pesar de orientar las preguntas en el interrogatorio de parte en ese sentido, el actor no confesó nada al respecto, toda vez que al parecer cuando se refería a las liquidaciones pendientes de realizar, las ubicaba en la vigencia del contrato y no al finalizar, al decir concretamente que se hacían en jornadas posteriores a la laboral, al llegar las contadoras a las 5:00 p.m. y ya no tenían tiempo suficiente para sentarse con él al manejar otras contabilidades.

Adicionalmente, los mismos soportes contables de los pagos realizados al demandante durante la vigencia laboral, fueron elaborados con completa normalidad, según se observa en los folios 116 a 181, de lo que se deduce que no había suma alguna por ajustar; por lo que hay lugar a condenarla a ésta indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones sociales (art.65 ib.).

Ahora, como el actor devengó más de un salario mínimo ($2.000.000) y la demanda fue interpuesta el 28-04-2014 dentro de los 24 meses, deberá, la sociedad demandada, pagar un día de salario ($66.666) por cada día de retardo desde el 01-10-2013 hasta el 05-02-2014 (124 días), fecha inmediatamente anterior en que se efectuó el pago de las prestaciones sociales, lo que equivale a $8.266.584 y así se dispondrá en esta sentencia.

**2.4 Sanción por no consignación de las cesantías artículo 99 de la Ley 50 de 1990**

Se encuentra establecido en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que antes del 15 de febrero del año siguiente, se deberá consignar el valor liquidado por concepto de cesantías, en el fondo de cesantías que haya elegido el trabajador, y que en caso de incumplimiento por el empleador deberá pagar un día de salario por cada día de retardo, por lo tanto, al ser una sanción, también debe analizarse la conducta del empleador para determinar si hay lugar a ella[[3]](#footnote-3).

Al respecto debe advertirse que no hay razón que justifique la no consignación de las cesantías en el tiempo establecido, máxime cuando la afirmación que existiera del acuerdo para que se le pagaran directamente en que el momento que el actor la necesitara, por cuanto las utilizaría para abonar a la camioneta que había adquirido, quedó huérfana de prueba.

Por lo anterior, por el auxilio de cesantía causado entre el 1º de septiembre y el 31 de diciembre de 2011, no consignado el 15 de febrero de 2012, tomando en cuenta un salario diario de $66.666, la sanción asciende a $24.000.000.

Por el auxilio de cesantía del año 2012, no consignado el 15 de febrero de 2013, con un salario diario de $66.666, para una mora de 226 días contabilizada hasta el 30 de septiembre de 2013, fecha de terminación del vínculo laboral, corresponden la suma de $ 15.065.516.

No hay lugar a imponer sanción por la fracción del 2013 toda vez que para esa calenda no existía obligación del empleador de consignar las cesantías en un fondo, pues dicha prestación debía cancelarla directamente al trabajador a la terminación del contrato de trabajo, junto con los demás salarios y prestaciones a que hubiese lugar.

Por lo dicho el valor total de la indemnización por no consignación de cesantías es de $39.065.516, prosperando de esta forma el recurso de apelación por la activa.

**2.5 Solidaridad de las acreencias laborales por Santiago Osorio Valenzuela como gestor y socio comanditario**

El artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establece que son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad como cada socio.

Sobre este aspecto, en relación son las sociedades anónimas, ha dicho la Sala de Casación Laboral[[4]](#footnote-4):

*“El sistema jurídico laboral no ha desconocido que en la legislación mercantil cada tipo de sociedad compromete de manera diferente la responsabilidad de los asociados frente a terceros y frente a los trabajadores de la empresa. De ahí que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establezca que en las sociedades de personas sus miembros son solida­ria­mente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pero nada dispone en cuanto a las sociedades de capital y por lo mismo no responsabiliza a los accionistas por las obligaciones laborales”.*

Para determinar si hay solidaridad es necesario establecer si la empresa demandada S. Osorio V. y CIA S.C.A es una sociedad de personas, categoría que si bien no está regulada en el Código de Comercio, corresponde a la clasificación de las sociedades comerciales, en las que también se encuentran las sociedades de capital.

Las sociedades de personas tienen como principal característica que son sociedades de riesgo ilimitado, donde los socios se conocen y en razón de ellos se forman, por lo tanto, en la sociedad como en los negocios responden con su patrimonio, solidaria e ilimitadamente con las obligaciones, de tal manera que el capital se divide en cuotas partes, o cuotas de interés social, cuotas cuyo valor es igual en todas.

Por su parte las sociedades de capital se caracterizan porque el interés que tienen sus asociados para integrar la empresa social, es la constitución de un capital social, sin tener en cuenta la identidad personal de quien detenta la titularidad de las acciones, siendo dicha condición personal de los socios irrelevante, y con un factor preponderante del aporte de capital a través de títulos de fácil circulación, generalmente acciones y los socios sólo responden hasta el valor de sus aportes, siendo la compañía quien responde con su patrimonio por las obligaciones contraídas en desarrollo de la empresa[[5]](#footnote-5).

En cuanto a la sociedad en comandita por acciones si bien no lo ha definido el Código de Comercio se ha entendido como una sociedad capitalista cuyo capital social está dividido en acciones, que se formará por las aportaciones de los socios, uno de los cuales, al menos, se encargará de la administración de la sociedad y responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.

De esta manera comparte esta sociedad una mixtura (art.352 C.Co), pues de una parte el socio gestor responde solidaria e ilimitadamente y en lo no previsto respecto a esto se aplicarán las normas de la sociedad colectiva, en donde el artículo 294 ib. señala que la responsabilidad de estos socios es solidaria e ilimitada por las operaciones sociales cuando se demuestren que la sociedad ha sido requerida vanamente para el pago. De otra parte los socios comanditarios por acciones en lo no regulado se aplicarán las normas de la sociedad anónima.

Atendiendo lo pretendido por el actor y la calidad en que se cita al señor Santiago Osorio Valenzuela, socio comanditario, condición que también ostenta de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandada (fl.54 vto.) y no como socio gestor, no queda más que decir que de él no se puede predicar la solidaridad pretendida, pues en éste evento, de conformidad con el artículo 352 ib., en lo no previsto en las sociedades en comandita por acciones, se remitirá en relación con los socios comanditarios a las sociedades anónimas, que son sociedades de capital, que no están contempladas en el artículo 36 del CST.

En suma el recurso de apelación por el demandante en éste aspecto no resulta próspero por las razones aquí expuestas.

**2.6 Aportes a la seguridad social en virtud de las facultades ultra o extra petita**

De antaño ha dicho el órgano de cierre en materia laboral[[6]](#footnote-6) que a los Jueces Laborales como cualquier operador judicial están obligados a dictar sentencias congruentes, salvo que la Ley los releve expresamente a ello, como es la facultad, en materia laboral, otorgada a los jueces de única y primera instancia, de fallar extra o ultra petita, de conformidad con el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que establece, para lo que nos incumbe, que el juez de única y primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados[[7]](#footnote-7).

Y adicionalmente podrá el Juez de segunda instancia usar dicha facultad cuando se trate de un derecho mínimo e irrenunciable, según surge de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-968-03[[8]](#footnote-8).

Para el caso en concreto en el hecho 2.30 el actor estableció que el empleador había omitido afiliarlo al sistema de seguridad social desde el mes de septiembre de 2011 al mes de febrero de 2012.

Frente a tal hecho la sociedad demandada señaló que era parcialmente cierto en la medida en que en el periodo mencionado no fue posible realizar la vinculación del actor al régimen de seguridad social, debido a que para esa época contaba con dos empleados y la entidad encargada negó la afiliación, por lo tanto solo hasta el mes de marzo de 2012 se logró la afiliación, sin que de tal situación allegara prueba que compruebe dicha afirmación.

Por lo anterior se tiene que la falta de afiliación al sistema de seguridad social fue un hecho discutido y probado por haber sido aceptado por la sociedad demandada, además los aportes son necesarios para la formación de la pensión, siendo éste un derecho mínimo e irrenunciable, de contera hay lugar a condenar a la sociedad demandada y en favor del actor, a pagar el título pensional por los aportes pensionales dejados de realizar desde el 01-09-2011 al 28-02-2012 en la entidad de seguridad social a la que se encuentra afiliado el demandante, dentro del mes siguiente a que se le informe el cálculo actuarial a pagar por dicha entidad, a quien se oficiará para tal fin una vez el actor informe el nombre de la entidad.

Finalmente frente a la excepción de prescripción de los valores ordenados pagar en ésta sentencia hay que decir que no operó tal fenómeno al mediar menos de 3 años entre la exigibilidad de los derechos, siendo el primero la diferencia salarial de septiembre de 2011 a la presentación de esta acción -28-04-2014-. Respecto a las demás excepciones formuladas por la sociedad también se negarán, con los argumentos dichos anteladamente.

**CONCLUSIÓN**

En armonía con lo anterior, se revocará parcialmente los numerales 3, 4, 6, y 7, conforme a lo dicho en esta decisión.

Sin costas en instancia al prosperar parcialmente el recurso de apelación.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **REVOCAR** parcialmente el numeral 3 dela sentencia proferida el 24-08-2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Álvaro Hincapié Henao** contra **S. Osorio V. y CÍA. S.C.A.,** para en su lugar reconocer y ordenar a ésta última pagar al primero por concepto de salarios adeudados entre los meses de septiembre a diciembre de 2011 la suma de $4.300.000. En lo demás se confirma.

**SEGUNDO:** **REVOCAR** parcialmente el numeral 4 dela sentencia proferida el 24-08-2015, para en su lugar reconocer y ordenar a la sociedad **S. Osorio V. y CÍA. S.C.A.,** identificada con NIT 900027186-3, en favor del señor **Álvaro Hincapié Henao** la suma de $8.266.584 por concepto de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y $39.065.516 como sanción por no consignación de las cesantías de los años 2011 y 2012, conforme a lo expuesto en la parte motiva. En lo demás se confirma.

**TERCERO:** **REVOCAR** parcialmente el numeral 6 dela sentencia proferida el 24-08-2015, para en su lugar declarar no probadas las excepciones formuladas por la sociedad **S. Osorio V. y CÍA. S.C.A.,** salvo la inexistencia de las obligaciones reclamadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva. En relación con el señor Santiago Osorio Valenzuela se confirma esta decisión.

**CUARTO: RECONOCER Y ORDENAR** pagar a la sociedad **S. Osorio V. y CÍA. S.C.A.,** identificada con NIT 900027186-3, en favor del señor **Álvaro Hincapié Henao** el título pensional por los aportes pensionales dejados de realizar desde el 01-09-2011 al 28-02-2012 en la entidad de seguridad social a la que se encuentra afiliado el demandante, dentro del mes siguiente a que se le informe el cálculo actuarial a pagar por dicha entidad, a quien se oficiará para tal fin, una vez el actor informe el nombre de la entidad.

**QUINTO: REVOCAR** el numeral 7 parcialmente en lo que respecta a la sociedad **S.** **Osorio V. y CÍA. S.C.A.** para en su lugar condenarla en costasen un 50% en favor de la parte demandante. En lo demás se confirma.

**SEXTO:** **CONFIRMAR** el numeral 5 por las razones expuestas en esta sentencia.

**SÉPTIMO**: Los demás numerales quedan incólumes.

**OCTAVO:** Sin costas en esta instancia, por lo ya mencionado.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 17-09-2008. Radicado 31617. M.P. Luis Javier Osorio López. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sala de Casación Laboral. Sentencias del 01-07-2015. Radicación 44186. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y 18-05-2016. Radicación 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia de 11-11-2015, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz y 18-05-2016. Radicación 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 11-10-2017. Radicado 52843. M.P. Jorge Prada Sánchez. [↑](#footnote-ref-4)
5. NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. “Teoría General de las Sociedades”. Sexta edición. Editorial Temis. 1990. [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 07-07-2010. Radicado 38700. M.P. Luis Javier Osorio López. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 22-02-2017. Radicado 47063. M.P. Gerardo Botero Zuluaga. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-8)