



MINISTERIO DEL TRABAJO

30 MAY 2019

RESOLUCION No.

(001905)

"Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

La Coordinadora del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial de Bogotá, en uso de sus facultades legales y en especial las establecidas en la Constitución Política de Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 4108 de 2011, la Resolución 2143 de 2014, la Ley 1437 de 2011, la Ley 1610 de 2013, y las demás normas concordantes

CONSIDERANDO

I. INDIVIDUALIZACION DEL IMPLICADO

Se decide en el presente proveído la responsabilidad que le asiste a la Empresa DRUMMOND LTDA con Nit. No. 800021308-5.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Mediante radicado No. 179751 de fecha 18 de octubre de 2016, se trasladó a este Ministerio del Trabajo derecho de petición con radicado No. 1-2016-077873 de 15/09/2016 por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presentado por el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ NIETO ante la Defensoría del Pueblo, también remite respuesta dada por Colpensiones al querellante mediante radicado BZ 2016-4901164 del 21/07/2016, por cuanto hace referencia a presuntas irregularidades en la empresa DRUMMOND-LTDA. Folios 2,3,4, según hechos manifestados así:

El ciudadano manifiesta en su comunicación: *"Que la empresa DRUMMOND LTDA, haga el trámite de reconocimiento y de plena validez como justificación de las ausencias de trabajo de las incapacidades que se anexan a la presente solicitud y que se enumeran a continuación:*

1.1 *Certificación "Incapacidad total, no debe incorporarse al trabajo a partir de 04 de diciembre de 2010 expedida por la Doctora MIRTA NUÑEZ GUTIERREZ médica especialista en salud ocupacional de A.I.S.O.M.L. LTDA. De la IPS Organización Clínica General del Norte, por cuenta de la EAS- Fondo Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia.*

1. 2 *Certificación expedida por el médico Psiquiatra JOSE DEL CARMEN BORNACELLY TERNERA de la IPS Organización Clínica General del Norte, por perteneciente a la red de la EAS - Fondo Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en la que hace constar que: "NO, DEBE, REINTEGRARSE LABORALMENTE a partir del 16 de septiembre de 2013.*

1.3 *Certificación expedida por el doctor PATRICIO GARCIA DE CARO, médico Psiquiatra de la Fundación instituto de Salud Mental del Caribe de la red de prestadores de servicios profesionales de la salud de ALLIANZ en la que hace constar una "INCAPACIDAD LABORAL DEFINITIVA". a partir del 09 de junio del 2014. 2. Que la empresa DRUMMOND LTDA, haga el trámite de reconocimiento y transcripción y pago ante la entidad que sea competente - IPS Organización Clínica General del Norte y/o E.A.S. Fondo Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia -, y/o administradora colombiana de PENSIONES o asumirlo directamente, de las incapacidades anexos al derecho de petición radicado el día 3 de julio de 2016 en la empresa Drummond Lid donde aporte los siguientes documentos y que se enumeran a continuación:*

①

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

La suscrita por el doctor JOSÉ DEL CARMEN BORNACELLY, médico Psiquiatra de la Clínica General del Nortes, perteneciente a las Instituciones Prestadoras de Salud del FONDO DEL PASIVO SOCIAL — FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, quien ordenó incapacidad laboral con una IDX de: F412 y F331 el 07 de diciembre en el que ordena incapacidad por 30 días desde el 07 de diciembre de 2015.

La suscrita por el doctor JOSÉ DEL CARMEN BORNACELLY, médico Psiquiatra de la Clínica General del Nortes, perteneciente a las Instituciones Prestadoras de Salud del FONDO DEL PASIVO SOCIAL — FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, quien ordenó incapacidad laboral con una IDX de: F412 y F331. el 12 de enero en el que ordena incapacidad por 30 días desde el 06 de enero de 2016.

La suscrita por el doctor JOSÉ DEL CARMEN BORNACELLY, médico Psiquiatra de la Clínica General del Nortes, perteneciente a las Instituciones Prestadoras de Salud del FONDO DEL PASIVO SOCIAL — FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, quien ordenó incapacidad laboral con una IDX de: F412 y F331. el 10 de febrero en el que ordena incapacidad por 30 días desde el 05 de febrero de 2016.

La suscrita por el doctor JOSÉ DEL CARMEN BORNACELLY, médico Psiquiatra de la Clínica General del Nortes, perteneciente a las Instituciones Prestadoras de Salud del FONDO DEL PASIVO SOCIAL - FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, quien ordenó incapacidad laboral con una IDX de: F412 y F331. el 07 de marzo en el que ordena incapacidad por 30 días desde el 05 de marzo de 2016.

La suscrita por el doctor JOSÉ DEL CARMEN BORNACELLY, médico Psiquiatra de la Clínica General del Nortes, perteneciente a las Instituciones Prestadoras de Salud del FONDO DEL PASIVO SOCIAL — FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, quien ordenó incapacidad laboral con una IDX de: F412 y F331. el 07 de abril en el que ordena incapacidad por 30 días desde el 04 de abril de 2016.

La suscrita por el doctor JOSÉ DEL CARMEN BORNACELLY, médico Psiquiatra de la Clínica General del Nortes, perteneciente a las Instituciones Prestadoras de Salud del FONDO DEL PASIVO SOCIAL — FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, quien ordenó incapacidad laboral con una IDX de: F412 y F331. el 05 de mayo en el que ordena incapacidad por 30 días desde el 05 de mayo de 2016. 2.7 La suscrita por el doctor JOSÉ DEL CARMEN BORNACELLY, médico Psiquiatra de la Clínica General del Nortes, perteneciente a las Instituciones Prestadoras de Salud del FONDO DEL PASIVO SOCIAL — FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, quien ordenó incapacidad laboral con una IDX de: F412 y F331 el 02 de junio en el que ordena incapacidad por 30 días desde el 03 de junio de 2016.

La suscrita por el doctor JOSÉ DEL CARMEN BORNACELLY, médico Psiquiatra de la Clínica General del Nortes, perteneciente a las Instituciones Prestadoras de Salud del FONDO DEL PASIVO SOCIAL — FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, quien ordenó incapacidad laboral con una IDX de: F412 y F331. el 28 de junio en el que ordena incapacidad por 30 días desde el 03 de julio de 2016.

Que la empresa DRUMMOND LTD me pague las prestaciones económicas prima legal y extra legal correspondiente al segundo semestre de 2015 y que se debieron pagar en el mes de diciembre de 2015. Que fueron retenidas con el argumento, del supuesto AUSENTISMO LABORAL INJUSTIFICADO, así mismo me pague las prestaciones económicas prima legal y extra legal correspondiente al primer semestre de 2016 y que se debieron pagar en el mes de junio de 2016. Que fueron retenidas con el argumento, del supuesto AUSENTISMO LABORAL INJUSTIFICADO y realice el reajuste del pago de cesantías correspondiente al año 2015

RESOLUCION No. (0 0 1 9 0 5)

3 0 MAY 2019

DE 2019

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

Que la empresa DRUMMOND LTD permita, autorice y trámite ante la aseguradora ALLIANZ. para que me restablezca y expida las autorizaciones de servicio sin restricciones, de consulta de control y tratamiento psicoterapéutico con mi médico tratante PATRICIO GARCIA CARO. Psiquiatra de la Fundación Instituto de Salud Mental del Caribe de la red de prestadores de servicios profesionales de la salud de ALLIANZ

Que la empresa DRUMMOND LTD realice la novedad de ingreso y pague los aportes de cotización a pensión a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES en virtud del contrato de trabajo vigente a partir de 03 de junio de 2004 a término indefinido y hasta el momento en que persista la relación laboral.

Que la empresa DRUMMOND LTD me pague los auxilios de viáticos médicos estipulados por el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo correspondientes a los días 23 de abril, 18 de septiembre, 19 de octubre, 20 de noviembre, 18 de diciembre de 2012 y 18 de enero, 15 de febrero, 18 de marzo, 02 de abril y 30 de mayo de 2013.

Ordenar a la Empresa DRUMMOND LTD., el reconocimiento y pago de las obligaciones emanadas de la incapacidad total definitiva laboral, desde la fecha en la que la ARL COLMENA y la E.A.S Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, me negaron el pago de mis incapacidades, hasta el momento en que se determine la entidad a la que le corresponde hacerse cargo de las obligaciones económicas que genere mi actual discapacidad, en atención a que no existe suspensión del contrato de trabajo y a que la empresa se sustrajo de la obligación de hacer mis aportes al fondo de pensiones obligatorias ISS (hoy Colpensiones), que para el caso sería la entidad competente para resolver mi situación, todo esto en aras de que no se sigan vulnerados mi derecho a una vida digna, a la igualdad y a la seguridad social integral.

Que el ministerio de trabajo decrete y declare el acoso laboral debido a las pruebas contundentes e irrefutables y se sancionen respectivamente las irregularidades adoptadas por mi empleador durante la vigencia y permanencia de mi contrato laboral.

Solicito de la manera más respetuosa, por parte del ministerio de trabajo, protección especial con respecto a las repercusiones que la presente denuncia pudiese causar, garantizando el derecho al debido proceso, y abstenerse si eventualmente se solicitare concepto del Ministerio para mi posible desvinculación de la empresa DRUMMOND LTDA, debido al tratamiento a largo plazo psicoterapéutico y medicamentoso, Hasta tanto se defina mi situación de origen de la patología y pérdida de capacidad laboral en forma definitiva como también lo de respecto al acoso laboral." Folios 6 a 9.

ACTUACION PROCESAL - PRUEBAS ALLEGADAS

1. Por medio de AUTO DE ASIGNACIÓN No. 0844 del 05 de mayo de 2017, se comisionó a la Inspección número Treinta y uno (31) de trabajo para adelantar averiguación preliminar y/o continuar el procedimiento administrativo sancionatorio en concordancia con la Ley 1437 de 2011 y Ley 1610 de 2013 contra la Empresa DRUMMOND LTDA. folio 30
2. Que la Inspectora comisionada en Acto de trámite de fecha 05 de julio de 2017 avocó conocimiento de las diligencias y dispuso adelantar la práctica de pruebas pertinentes a la empresa DRUMMOND LTDA y solicita en radicado No. 08SE20177310000008832 de fecha 06 de diciembre de 2017, los siguientes

RESOLUCION No. (0 0 1 9 0 5) 3 0 MAY 2019, DE 2019

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

documentos: *copia del contrato de trabajo firmado con el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ NIETO; Copia de planillas de pagos a la seguridad social integral donde evidencia fecha de pagos realizados desde el 01 de enero al 31 de diciembre de 2016; Copia de planillas de nóminas donde evidencia fecha de pagos realizados desde el 01 de enero al 31 de diciembre de 2016; copia del pago de liquidación final de prestaciones al querellante; copia de la carta mediante la cual se dio por terminado el contrato de trabajo al señor GONZALEZ NIETO; copia de la relación de incapacidades remitidas por el señor González Nieto. También dispuso se practiquen las demás pruebas que estime pertinentes y conducentes necesarias o las que los reclamantes soliciten y que conduzcan a esclarecer los hechos, materia de la actuación administrativa. Folio 32.*

3. Que mediante radicado No. 08SE20177310000008832 de fecha 06 de diciembre de 2017, se informó al querellante sobre los trámites realizados por el despacho. Folios 33.
4. Que mediante oficio de fecha 13 de diciembre de 2017, la empresa remitió los documentos requeridos por la Inspectora comisionada en CD anexo. En documentos físicos remite: carta donde dio por terminado el contrato de trabajo por la causal de reconocimiento de pensión de jubilación; copia de comprobante de liquidación definitiva del contrato y prestaciones sociales; certificado de existencia y representación de la Compañía; certificación de trabajo expedida el señor GONZALEZ NIETO. Folios 34 a 42.
5. Que la Inspectora comisionada solicita a la empresa DRUMMOND LTDA mediante radicado No. 08SE201873100000013206 de fecha 20 de septiembre de 2018, los siguientes documentos: *copia de las planillas de pagos a la seguridad social integral donde evidencia fecha de pagos realizados desde el 03 de junio de 2004 al 06 de enero de 2017 y comprobantes donde se evidencie la fecha de pago; copia de los comprobantes de pago donde se evidencie que la empresa pagó la prima de servicios legal y extralegal correspondiente al segundo semestre del año 2015 y primer semestre del año 2016 y el reajuste a las cesantías correspondientes al año 2015; comprobantes de pago correspondientes a los auxilios de viáticos médicos correspondiente a los días 23 de abril, 18 de septiembre, 19 de octubre, 20 de noviembre de 2012 y 18 de enero, 15 de febrero, 18 de marzo, 02 de abril, y 30 de mayo de 2013. Folio 43.*
6. Que mediante oficio de fecha 01 de octubre de 2018, la empresa DRUMMOND LTDA solicita ampliación del término otorgado para remitir los documentos solicitados, por consideración al volumen y antigüedad de la información. Folios 44.
7. Que mediante oficio de fecha 12 de octubre de 2018, la empresa DRUMMOND LTDA remite los documentos solicitados por el Inspector comisionado como son: *copia de las planillas de pagos a la seguridad social integral donde evidencia fecha de pagos realizados desde el 03 de junio de 2004 al 06 de enero de 2017 y comprobantes donde se evidencie la fecha de pago. El apoderado de la parte querellada manifiesta por escrito al Despacho: "*
8. Así mismo remite copia de la resolución 2059 de fecha 31 de agosto de 2005, donde se resuelve reconocer y pagar la pensión plena de jubilación, por valor de Un Millón Novecientos Cincuenta y Cinco mil Ciento Setenta y Seis pesos con Setenta y Siete centavos (\$1.955.176,77) a favor del señor LUIS HERNANDO GONZALEZ NIETO con C.C. No. 11.428.211 de Facatativá a partir del 01 de junio de 2005, fecha inmediata en que se cumplió con el requisito de la edad e incluir en nómina de pensionados del FONDO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y pagar el derecho de pensión de jubilación de carácter especial con un monto del 75% y de acuerdo con lo expuesto en el considerando No. 2 de la parte motiva de este documento.

RESOLUCION No. (0 0 1 9 0 5)

3 0 MAY 2019

DE 2019

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Tratándose de aspectos de competencia del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo, los inspectores de trabajo y seguridad social, tendrán el carácter de policía administrativa laboral, encargados de verificar e inspeccionar el cumplimiento de la normativa laboral y del sistema general de seguridad social, en caso de encontrar violación a dichas disposiciones o la realización de actos que impidan o retarden el cumplimiento de las actividades propias de la labor de inspección, tiene la potestad para imponer sanciones pecuniarias de acuerdo a la siguiente normatividad:

Constitución Política de Colombia, artículos 83 y 209.

Artículo 83.- "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

Artículo 209.- "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

Artículos 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo.

ARTÍCULO 485. "AUTORIDADES QUE LOS EJERCITAN. La vigilancia y el control del cumplimiento de las normas de éste Código y demás disposiciones sociales se ejercerán por el Ministerio del Trabajo en la forma como el Gobierno, o el mismo Ministerio, lo determinen."

ARTICULO 486. "ATRIBUCIONES Y SANCIONES. Los funcionarios del Ministerio de Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los empleadores, para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos. Así mismo, podrán entrar sin previo aviso, y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa con el mismo fin y ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos como lo crean conveniente para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consignadas en ellos. Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores.

Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social tendrán las mismas facultades previstas en el presente numeral respecto de trabajadores, directivos o afiliados a las organizaciones sindicales, siempre y cuando medie solicitud de parte del sindicato y/o de las organizaciones de segundo y tercer grado a las cuales se encuentra afiliada la organización sindical." (...)

La Ley 1610 de 2013 en su artículo 1 establece la competencia general de los Inspectores de Trabajo, a saber: "Artículo 1. Competencia general. Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social ejercerán sus funciones de inspección, vigilancia y control en todo el territorio nacional y conocerán de los asuntos individuales y colectivos en el sector privado y de derecho colectivo del trabajo del sector público."

El artículo 3° ibidem señala:

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

"Artículo 3°. Funciones principales. Las Inspecciones del Trabajo y Seguridad Social tendrán las siguientes funciones principales:

- 1. Función Preventiva: Que propende porque todas las normas de carácter socio laboral se cumplan a cabalidad, adoptando medidas que garanticen los derechos del trabajo y eviten posibles conflictos entre empleadores y trabajadores.*
- 2. Función Coactiva o de Policía Administrativa: Como autoridades de policía del trabajo, la facultad coercitiva se refiere a la posibilidad de requerir o sancionar a los responsables de la inobservancia o violación de una norma del trabajo, aplicando siempre el principio de proporcionalidad.*
- 3. Función Conciliadora: Corresponde a estos funcionarios intervenir en la solución de los conflictos laborales de carácter individual y colectivo sometidos a su consideración, para agotamiento de la vía gubernativa y en aplicación del principio de economía y celeridad procesal.*
- 4. Función de mejoramiento de la normatividad laboral: Mediante la implementación de iniciativas que permitan superar los vacíos y las deficiencias procedimentales que se presentan en la aplicación de las disposiciones legales vigentes.*
- 5. Función de acompañamiento y garante del cumplimiento de las normas laborales del sistema general de riesgos laborales y de pensiones.*

Resolución 2143 de 2014 artículo 7 establece las funciones de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social a saber:

"1. Adelantar investigación administrativo-laboral en materia de derecho laboral individual, colectivo, seguridad social en pensiones, riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo y demás normas sociales que sean de su competencia. (...)

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Una vez practicadas las pruebas pertinentes, procede el Despacho a resolver si en el presente asunto hay o no mérito para iniciar formalmente un proceso administrativo de carácter sancionatorio en contra de la empresa DRUMMOND LTDA, por la presunta comisión de actos de violación a las normas laborales y/o de seguridad social, conforme a lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 47 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La averiguación preliminar de que trata la norma arriba citada permite al funcionario del Ministerio del Trabajo, dentro de sus competencias, desarrollar una serie de actos encaminados a constatar o desvirtuar la existencia de una falta o infracción a la ley laboral. Este estadio es completamente potestativo del servidor y su agotamiento evita la apertura de una investigación inane o sin sustento.

En virtud de la petición presentada por el señor HERNANDO GONZALEZ NIETO, que dio origen al inicio de la presente averiguación preliminar y realizado el análisis de los documentos que hacen parte del acervo probatorio en CD y folios 35 a 42; 53 a 61, este Despacho encuentra la siguiente información así:

1. Copia de un contrato laboral firmado entre la empresa DRUMMOND LTDA y el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ NIETO. El contrato de trabajo escrito está regulado por el artículo 39 del código sustantivo del trabajo, y todo lo que se acuerde debe quedar contenido en un documento, documento que aparte de la firma de trabajador y empleador, no requiere formalidad alguna para su validez, por lo que constituirá prueba por sí sólo para cualquiera de las partes. ARTICULO 37. FORMA. El contrato de trabajo puede ser verbal o escrito; para su validez no requiere forma especial alguna, salvo disposición expresa en contrario. ARTICULO 38 Código Sustantivo del Trabajo. CONTRATO VERBAL. Modificado por el art. 1, Decreto 617 de 1954. El nuevo texto es el

RESOLUCION No. (0 0 1 9 0 5) 3 0 MAY 2019 DE 2019

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

siguiente: Cuando el contrato sea verbal, el empleador y el trabajador deben ponerse de acuerdo, al menos acerca de los siguientes puntos:

El Despacho considera que la empresa DRUMMOND LTDA firmó contrato laboral con el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ, tal como consta en CD anexo. Folio 35.

2. Copias de las planillas de nóminas de enero a diciembre de 2016 pagadas al señor LUIS HERNANDO GONZALEZ NIETO. De acuerdo al Código Sustantivo del Trabajo, el salario no solo se refiere a la remuneración ordinaria, sino a todo lo que el trabajador recibe en efectivo o en especie como compensación directa por el servicio prestado.

El artículo 134 del Código del Trabajo establece que el periodo salarial no debe ser mayor de una semana para trabajadores diarios y que para trabajadores mensuales debe ser de una vez al mes. Los salarios deben pagarse en moneda corriente en el lugar de trabajo durante la jornada laboral o inmediatamente después del trabajo. Los salarios deben pagarse directamente al trabajador o a una persona autorizada (por escrito) por el trabajador.

Se permite el pago de salarios en especie, total o parcialmente, como una parte de la remuneración y puede consistir en alimentos, alojamiento o prendas para el trabajador o su familia. El contrato de trabajo establece expresamente estas prestaciones; sin embargo, no podrán superar el 30 % del salario mínimo.

El Despacho considera que de acuerdo a la documentación remitida mediante oficio de fecha 06 de diciembre de 2018, se logra evidenciar que la empresa querellada pagó al querellante el salario correspondiente al año 2016, tal como consta en planillas de nóminas periodo 2016-01 al 2016-12. Cd anexo, Folio 35.

3. *Copia de planillas de pagos de aportes a la seguridad social integral al señor GONZALEZ NIETO, donde se evidencian los pagos de aportes a seguridad social integral a excepción de aportes a pensiones por estar exonerado de hacer dichos aportes. DECRETO 1670 DE MAYO DE 2007 aportes a los subsistemas de la Protección Social para aportantes de 200 o más cotizantes. Quienes deben realizar aportes a los subsistemas de Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales del Sistema de Seguridad Social Integral, así como los destinados al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF y a las Cajas de Compensación Familiar y a la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP y para las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos Nacionales, Departamentales, Distritales y Municipales, cuyas nóminas de trabajadores activos o pensionados contengan 200 o más cotizantes, efectuarán sus aportes en las fechas que se indican.....*

El Despacho considera que la empresa DRUMMOND LTDA pagó oportunamente los aportes a la seguridad social Integral al querellante durante todo el tiempo laborado. Tal como quedó demostrado en las planillas de pago aportadas en CD, Folio 35.

4. *Copia del pago de liquidación final de prestaciones al querellante. Las prestaciones sociales son los dineros adicionales al Salario que el empleador debe reconocer al trabajador vinculado mediante Contrato de trabajo por sus servicios prestados. Es el reconocimiento a su aporte en la generación de ingresos y utilidad en la empresa o unidad económica. Prima de servicios. Artículo 307. Toda empresa debe pagar a cada empleado un salario mensual como prima de servicios, quince días se deben pagar, por tardar el último día del mes de junio y los restantes quince días en los primeros 20 días del mes de diciembre. Según el artículo 307 del código sustantivo del trabajo, la prima de servicios no es salario ni se debe computar como salario en ningún caso, tratamiento que se le da a las demás prestaciones sociales. Cesantías. ARTICULO 249. REGLA GENERAL. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este*

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. El auxilio de cesantías se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.

La liquidación de las cesantías se hará el último día de cada año o al finalizar el contrato. El auxilio de cesantías debe ser consignado por el empleador antes del 15 de febrero del siguiente año en una cuenta individual de cada trabajador en el fondo que el empleado elija. De no consignarse oportunamente las cesantías, el empleador deberá pagar un día de salario por cada día de retraso en la consignación o pago de las cesantías. Como ya se dijo, el auxilio de cesantías se liquida al finalizar el año, caso en el cual se consigna en un fondo, o a la terminación del contrato. Sin embargo, es posible hacer liquidaciones parciales de las cesantías siempre y cuando estas sean utilizadas para la construcción o mejoramiento de vivienda o pagos de educación. Intereses de cesantías. El empleador debe pagar por concepto de intereses sobre las cesantías un 12% anual, o proporcionalmente al tiempo trabajado. El empleador debe pagar a sus empleados intereses sobre las cesantías que tenga acumuladas a 31 de diciembre de cada año, a una tasa del 12% anual, y en proporción con el tiempo que se lleve laborando si este es menor a un año. Los intereses se deben pagar a más tardar al 31 de enero y se pagan directamente al empleado.

El Despacho considera que la empresa DRUMMONT LTDA pagó en su oportunidad la liquidación definitiva del contrato; que una vez se dio por terminado el contrato liquidó todas y cada una de las prestaciones sociales y vacaciones debidas a la fecha al querellante. Folio 39

Revisado el expediente por parte del Inspector de trabajo comisionado y valoradas las pruebas aportadas por la empresa querellada, se observa que la misma anexó la documentación que se le requirió y remite a este Despacho los documentos mediante oficio de fecha 13 de diciembre de 2017 con radicado de recibo No. 11EE2017000000017472 del 15 de diciembre de 2017, para efecto de verificar las conductas demandadas.

Al caso concreto se advierte que la empresa Drummond Ltda firmó contrato laboral con el querellante señor LUIS HERNANDO GONZALEZ NIETO, pagó oportunamente los salarios, prestaciones sociales y afilió y aportó las cotizaciones a seguridad social integral, según consta en CD anexo y documentos a folios 34 a 39.

En cuanto al tema de reclamación que la empresa DRUMMOND LTDA haga el trámite de reconocimiento y de plena validez como justificación de las ausencias de trabajo de las incapacidades que se anexan a la presente solicitud y que se enumeraron en la parte inicial, es de tener en cuenta:

"La ley ha previsto que si la incapacidad es de origen común (enfermedad general o accidente de carácter no laboral) el pensionado trabajador no tiene derecho al pago de dichas incapacidades. Y sólo habrá lugar a esa prestación económica cuando la incapacidad se ha derivado de un accidente laboral (accidente de trabajo) o de una enfermedad laboral (enfermedad profesional), siempre y cuando el enfermo o siniestrado esté afiliado a una Administradora de Riesgos Laborales (ARL). Lo anterior, de conformidad con los términos del Artículo 28 del Decreto 806 de 1998 que dispone lo siguiente:

Artículo 28. Beneficios de los afiliados al Régimen Contributivo. El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios:

a) La prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, de que trata el artículo 162 de la Ley 100 de 1993;

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

- b) El subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional;
 c) El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad.

Los pensionados cotizantes y los miembros de su grupo familiar que no estén cotizando al sistema recibirán únicamente las prestaciones contempladas en el literal a) del presente artículo.

Parágrafo. (...)"

En el mismo sentido se pronunció el Ministerio de Salud en su concepto No. 201311200111231 del 31 de enero de 2013. "En primer lugar es importante recordar que un pensionado no debe aportar a pensión, pero sí debe seguir aportando a salud, de modo que tiene que estar afiliado a una EPS, ahora, si ese pensionado que está cotizando mensualmente a la EPS sufre una incapacidad médica, surge la duda sobre si la EPS debe reconocerle el auxilio económico con base al monto del valor cotizado, que es la mesada pensional la cual no puede ser inferior a un salario mínimo". No existe una norma que expresamente diga si hay o no lugar al reconocimiento económico de dicha incapacidad por parte de la EPS, así dice la circular 011 de 1995 de la Superintendencia Nacional de Salud sobre la incapacidad general: "Es el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus **afiliados cotizantes no pensionados**, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual. En ningún caso se le pagará a un afiliado al sistema simultáneamente incapacidad por enfermedad general, incapacidad por enfermedad profesional y pensión de invalidez absoluta o por gran invalidez". De allí se advierte que la EPS no tiene la obligación de pagar las incapacidades a sus afiliados que tengan la calidad de pensionados. La razón de ello es sencilla por cuanto el objetivo del pago de la incapacidad es que el trabajador obtenga algún ingreso durante el tiempo que no pueda trabajar por estar incapacitado, pero al estar pensionado, se supone que no se trabaja y mediante su mesada pensional tiene el ingreso asegurado que busca la ley, por tanto, no hay lugar al reconocimiento económico de la incapacidad. Además, la mesada pensional no se afecta ni se disminuye por cuenta de una incapacidad, de modo que no tiene sentido el pago de incapacidades a los pensionados, pues estos en cualquier caso devengarán lo mismo".

En relación a la solicitud del querellante, que la empresa DRUMMOND LTD le pague las prestaciones económicas prima legal y extra legal correspondiente al segundo semestre de 2015 y que se debieron pagar en el mes de diciembre de 2015. Que fueron retenidas con el argumento, del supuesto AUSENTISMO LABORAL INJUSTIFICADO, así mismo me pague las prestaciones económicas prima legal y extra legal correspondiente al primer semestre de 2016 y que se debieron pagar en el mes de junio de 2016. Que fueron retenidas con el argumento, del supuesto AUSENTISMO LABORAL INJUSTIFICADO y realice el reajuste del pago de cesantías correspondiente al año 2015

Es de atender lo manifestado en escrito presentado por la empresa a través de su apoderada MARÍA CLAUDIA ESCANDON, dice: "de acuerdo a lo anteriormente indicado el señor González Nieto no percibió salario en el segundo semestre de 2015, ni el primero de 2016, por lo tanto no hubo ingreso base para liquidar la prima, en consecuencia el monto por este concepto asciende a la suma de \$0.00 pesos. En todo caso, en consideración a que el trabajador presenta reclamación por este hecho, a pesar de que ya se le ha explicado en anteriores oportunidades las razones por las que no hubo pago claramente existe una discusión sobre el cual con todo respeto, de acuerdo a lo previsto en el artículo 486 del C.S.T. los Inspectores de Trabajo no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, por lo tanto no habría competencia para definir el asunto"

Que la empresa DRUMMOND LTDA realice la novedad de ingreso y pague los aportes de cotización a pensión a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES en virtud del

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

*contrato de trabajo vigente a partir de 03 de junio de 2004 a término indefinido y hasta el momento en que persista la relación laboral. Respecto al caso cabe señalar: "El inciso segundo del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, señala que: "La **obligación de cotizar cesa** al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la **pensión mínima de vejez**, o **cuando** el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente". Los empleadores de un pensionado deben reportar esta situación al Operador de la Planilla PILA y así, sólo cancelarán Salud, ARP y Parafiscales".*

La empresa querellada en lo que respecta al aporte a pensión indica "que el querellante omite informar al Ministerio del Trabajo de forma temeraria que se encuentra pensionado por el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, mediante Resolución No. 32 del 09 de enero de 1992, reajustada a plena de jubilación por el Fondo mediante Resolución 2059 de 2005, y por tanto no es ni ha sido posible ser válidamente afiliado al sistema general de pensiones, ya que precisamente ésta es una de las causales de exoneración"

"Es así como el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, indica que la obligación de cotizar al sistema de pensiones cesa en el momento en el cual el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente".

"Teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, el hecho de que el trabajador tenga una relación laboral, cuando éste ostenta la calidad de pensionado, la obligación a cotizar al Sistema General de Pensiones cesa en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, como el señor González al ingresar a la Compañía tenía la calidad de pensionado de una entidad Oficial, no era posible afiliarlo al sistema general de pensiones y menos efectuar cotizaciones". Folio 53.

Que la empresa DRUMMOND LTD me pague los auxilios de viáticos médicos estipulados por el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo correspondientes a los días 23 de abril, 18 de septiembre, 19 de octubre, 20 de noviembre, 18 de diciembre de 2012 y 18 de enero, 15 de febrero, 18 de marzo, 02 de abril y 30 de mayo de 2013.

Ordenar a la Empresa DRUMMOND LTD., el reconocimiento y pago de las obligaciones emanadas de la incapacidad total definitiva laboral, desde la fecha en la que la ARL COLMENA y la E.A.S Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, me negaron el pago de mis incapacidades, hasta el momento en que se determine la entidad a la que le corresponde hacerse cargo de las obligaciones económicas que genere mi actual discapacidad, en atención a que no existe suspensión del contrato de trabajo y a que la empresa se sustrajo de la obligación de hacer mis aportes al fondo de pensiones obligatorias ISS (hoy Colpensiones), que para el caso sería la entidad competente para resolver mi situación, todo esto en aras de que no se sigan vulnerados mi derecho a una vida digna, a la igualdad y a la seguridad social integral.

En cuanto a que se ordene declarar y pagar los auxilios de gastos de viáticos relacionados en el párrafo anterior, se advierte que este ministerio de trabajo de acuerdo a lo previsto en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los Inspectores del Trabajo no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, por lo tanto, no habría competencia para definir el asunto.

También solicitó se decrete y declare el acoso laboral debido a las pruebas contundentes e irrefutables y se sancionen respectivamente las irregularidades adoptadas por mi empleador durante la vigencia y permanencia de mi contrato laboral.

Continuando con el análisis de los hechos descritos en su queja, donde cita acoso laboral es necesario advertir, para que el Ministerio del trabajo pueda adelantar la querrela o diligencia de carácter administrativo laboral, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

La relación laboral debe estar vigente, es decir, el trabajador debe estar vinculado a la empresa; ya que precisamente es esta circunstancia la que permite poner en marcha las acciones preventivas y correctivas del acoso laboral, por parte del inspector de trabajo.

El trabajador debe haber puesto en conocimiento tanto del empleador como del comité de convivencia laboral o el organismo que haga sus veces en la empresa, mediante escrito firmado por él, entregado de manera personal o enviado a través de correo certificado, la conducta o conductas constitutivas de acoso laboral de la cual o de las cuales está siendo víctima.

Para que el Inspector conozca de la denuncia por presunto acoso laboral y se surta el trámite correspondiente, debe radicarse solicitud escrita, dirigida a la coordinación del Grupo de Resolución de Conflictos y Conciliaciones, de la dirección territorial de Bogotá, junto con la siguiente documentación:

Copia del oficio o solicitud que dirigió al comité de convivencia laboral de la empresa o al empleador, donde dio a conocer las conductas constitutivas de acoso laboral

Prueba sumaria de las conductas constitutivas de acoso laboral

Copia del documento emitido o expedido por el comité de convivencia laboral o quien haga sus veces en relación con lo denunciado.

De no presentar estos documentos como evidencia del acoso laboral, no se podrá iniciar trámite alguno.

Ante este asunto el despacho se abstiene de pronunciarse sobre los hechos denunciados por acoso laboral, teniendo en cuenta que el señor LUIS GONZALEZ NIETO a la fecha en que presentó la queja figuraba como ex trabajador de la compañía y dentro de la vigencia del contrato no se evidencia que haya presentado reclamación alguna sobre conductas de presunto acoso laboral, teniendo en cuenta que la ley 1010 de 2006 en su artículo 9: MEDIDAS PREVENTIVAS Y CORRECTIVAS DEL ACOSO LABORAL inciso 2: manifiesta: *"la víctima del acoso laboral podrá poner en conocimiento del Inspector de Trabajo, de los Inspectores Municipales de Policía, de los Personeros Municipales o de la Defensoría del Pueblo, la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral. La denuncia deberá ser escrita y a la que se anexa prueba sumaria de los mismos. La autoridad conminará preventivamente al empleador para que ponga en marcha los procedimientos confidenciales establecidos en el RIT y programe actividades pedagógicas o terapias grupales de mejoramiento de las relaciones entre quienes comparten una relación laboral dentro de una empresa. Para adoptar esta medida se escuchará a la parte denunciada"*.

Que se solicitó de manera respetuosa, que este ministerio de trabajo, de protección especial con respecto a las repercusiones que la presente denuncia pudiese causar, garantizando el derecho al debido proceso, y abstenerse si eventualmente se solicitare concepto del Ministerio para mi posible desvinculación de la empresa DRUMMOND LTDA, debido al tratamiento a largo plazo psicoterapéutico y medicamentoso, hasta tanto se defina mi situación de origen de la patología y pérdida de capacidad laboral en forma definitiva como también lo de respecto al acoso laboral."
Folios 6 a 9.

Es preciso tener en cuenta que la seguridad personal y protección especial es un verdadero derecho fundamental, razón por la cual los Ciudadanos pueden demandar protección del Estado cuando quiera que su integridad personal, afectiva o emocional se vea amenazada y no exista ningún título legítimo que justifique el riesgo aludido. Ocurre que, como el resto de los derechos fundamentales, el contenido objeto de protección exigible por parte del titular se encuentra en cabeza del Estado, la obligación de protección, bajo cuyo influjo el Estado debe adelantar las actuaciones que sean necesarias para proteger a los Ciudadanos de sufrir lesiones provenientes de particulares. A manera de ejemplo puede citarse la sanción penal de estas conductas, la cual, al

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

tiempo que sanciona a los infractores, disuade a los Ciudadanos de cometer dichos delitos. Para el presente caso, si usted fuere víctima de atropellos y requiera protección especial de las autoridades, deberá exigir a las competentes para brindarle lo requerido, ya que este Ministerio no cuenta con la competencia para el asunto.

En relación al caso concreto no se advierte incumplimiento alguno de obligaciones laborales a la empresa DRUMMOND LTDA, este Despacho tendrá en cuenta que la empresa querellada ha dado cumplimiento a la solicitud hecha por la Inspección comisionada al aportar los documentos requeridos, según lo establecido en el artículo 485 del C.S.T. demostrando que cumple con las obligaciones laborales de acuerdo a la normatividad vigente; que la misma cumple con los pagos a sus trabajadores y actualmente paga a todos sus trabajadores con contrato vigente, los salarios, prestaciones sociales y realiza los aportes a la seguridad social integral, por lo que no hay méritos para formular cargos y dar inicio a Procedimiento Administrativo Sancionatorio, razón que lleva a emitir la decisión de archivo de la diligencia, tal y como se dirá en la parte resolutive de esta providencia, valga reiterar que no se encontró incumplimiento que amerite la contención del trámite investigativo sancionatorio.

Por otra parte, se le informa al querellante que este Ministerio no cuenta con la competencia para dirimir conflictos ni controversias, razón por lo que si el querellante considera afectado sus derechos deberá acudir a la justicia ordinaria si así lo considera pertinente, en procura de que sea el Juez laboral el que declare los derechos que por competencia este Despacho no puede efectuar.

En mérito de lo expuesto, la Coordinación del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial de Bogotá del Ministerio del Trabajo.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: NO INICIAR PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO en contra de la empresa DRUMMOND LTDA con Nit. No. 800021308, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

ARTICULO SEGUNDO: ARCHIVAR las diligencias Preliminares iniciadas por queja presentada en este ministerio por parte del señor LUIS HERNANDO GONZALEZ NIETO contra la empresa DRUMMOND LTDA representada legalmente por el señor JOSE MIGUEL LINARES MARTINEZ o quien haga sus veces, por presunta vulneración a la norma laboral, de conformidad con lo señalado dentro del presente acto administrativo.

ARTICULO TERCERO: NOTIFICAR a las partes jurídicamente interesadas el contenido del acto administrativo conforme a lo dispuesto en los artículos 66 y siguientes del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo, informando que contra el presente Acto Administrativo proceden los recursos de REPOSICIÓN ante esta Coordinación y en subsidio de APELACIÓN ante el Director Territorial de Bogotá D.C, interpuestos debidamente fundamentados dentro de los diez días (10) hábiles siguientes a la notificación personal, por aviso o al vencimiento del termino de publicación según sea el caso, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, así:

A la Empresa querellada DRUMMOND LTDA en la calle 72 No. 10 – 07 oficina 1302 en Bogotá.

Al querellante señor LUIS HERNANDO GONZALEZ NIETO en la calle 6 No. 9 – 18 en Facatativá – Cundinamarca.

RESOLUCION No. (0 0 1 9 0 5).

DE 2019

30 MAY 2019

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se archiva una Averiguación Preliminar"

ARTICULO CUARTO: LÍBRAR, las demás comunicaciones pertinentes.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



TATIANA ANDREA FORERO FAJARDO
Coordinadora Grupo de Inspección, Vigilancia y Control.

Proyectó: Judith O
Revisó: Rita V
Aprobó: Tatiana