

14928484

PASTO, 12/09/2023

Señor(a), Doctor(a),
IVANIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ
Representante legal y/o quien haga sus veces
jesusarnol@hotmail.com
PASTO – NARIÑO

ASUNTO: NOTIFICACION POR AVISO EN PÁGINA ELECTRÓNICA O EN LUGAR DE ACCESO AL PÚBLICO

Radicación 02EE2021725200100000518

Respetado Señor(a), Doctor(a),
Por medio de la presente se NOTIFICA POR AVISO a IVANIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ, identificado(a) con la Cédula de Ciudadanía No. 1086137482, de la Resolución 0144 del 28 de junio de 2023 proferido por el INSPECTOR DE TRABAJO, a través del cual se dispuso a sancionar al investigado de los cargos probados

En consecuencia, se entrega en anexo una copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión aludida en diecinueve (19) folios, se le advierte que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega de este aviso, luego del cual inmediatamente empezará a correr el término de diez (10) días hábiles para que, si lo considera necesario, presente escrito con el fin de interponer y sustentar ante COORDINADORA IVC si se presenta el recurso de reposición y en subsidio de apelación o, en su defecto, ante INSPECTOR DE TRABAJO si se presenta sólo el recurso de apelación.

Atentamente,



SEBASTIAN ROSERO BRAVO
AUXILIAR ADMINISTRATIVO

Anexo Resolución 0144 del 28 de junio de 2023



Libertad y Orden

MINISTERIO DEL TRABAJO
DIRECCIÓN TERRITORIAL DE NARIÑO
GRUPO DE PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS – CONCILIACIÓN

Radicación : 02EE2021725200100000518
Querellante : IVANNIA CRISTINA DOMÍNGUEZ GÓMEZ
Querellado : CLÍNICA LOS ANDES PASTO S.A. EN LIQUIDACIÓN
Expediente : ID 14928484

Resolución No. 0144

(28 de junio de 2023)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se decide en el presente acto administrativo la responsabilidad que le asiste a la CLÍNICA LOS ANDES PASTO S.A. EN LIQUIDACIÓN, identificada con NIT 814003898-3, con domicilio principal en Carrera 42 No. 18 A - 56 Barrio Valle de Atriz en la ciudad de San Juan de Pasto, y representada legalmente por el señor GERARDO IVÁN BASTIDAS BELTRÁN, liquidador principal, identificado con la C.C. No. 12.971.712 de Pasto.

II. HECHOS

Se tiene noticia en este despacho de la queja radicada en la Dirección Territorial Nariño del Ministerio de Trabajo, con el No. 02EE2021725200100000518 del 28 de junio de 2021, en la cual la señora IVANNIA CRISTINA DOMÍNGUEZ GÓMEZ informa la inobservancia de las obligaciones de la normatividad laboral por parte de la empresa CLÍNICA LOS ANDES PASTO S.A. EN LIQUIDACIÓN. En la queja se denuncia la conducta de no pago de aportes a seguridad social.

De conformidad a la remisión de la queja, la Coordinadora del grupo de PIVC procedió a expedir el Auto No. 0274 del 16 de agosto de 2021 (folio 66), por medio del cual se ordenó la apertura de la AVERIGUACIÓN PRELIMINAR en contra de la CLÍNICA LOS ANDES PASTO S.A. EN LIQUIDACIÓN, con el fin de verificar el cumplimiento o incumplimiento de las normas laborales y de seguridad social y esclarecer los hechos de la queja, comisionando para su trámite al suscrito Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

Comunicado el auto de Averiguación Preliminar a la parte querellada, esta última remitió respuesta mediante correo electrónico del 23 de septiembre de 2021, anexando parte de la documentación requerida en el auto de averiguación preliminar (folios 71 a 77 y DVD que reposa a folio 78).

En ese sentido, se realizó un segundo requerimiento para que el querellado aporte la documentación faltante, el cual fue respondido por medio electrónico el 5 de octubre de 2022 (folios 79 a 82 y DVD visible a folio 83).

Con el fin de evacuar prueba testimonial se citó a diligencia de ratificación de queja a la señora IVANNIA CRISTINA DOMÍNGUEZ GÓMEZ, quien no asistió a la audiencia (folios 84 a 88).

Agotada la etapa de la indagación preliminar y practicadas las pruebas ordenadas, el despacho procedió al estudio del expediente encontrando mérito para iniciar Proceso Administrativo Sancionatorio, decisión tomada mediante Auto No. 0429 del 14/09/2022 (folio 89), mismo que fuera comunicado al querellado mediante oficio radicado con el No. 2380 del 15/09/2022 y a la querellante mediante oficio radicado con el No. 2381 del 15/09/2022 (folios 90 a 95).

Enterada la parte querellada, sin que ésta aportara pruebas que hicieran variar la decisión de iniciar proceso administrativo sancionatorio, el despacho inició esta etapa mediante el Auto No. 0444 del 24 de octubre de 2022, con el cual se formula cargos (folios 96 a 99).

Una vez notificado el acto mencionado (folios 100 a 104), la parte querellada guardó silencio, por lo que se procedió a emitir, finalmente, el Auto No. 0485 del 27 de enero de 2023 (folio 105), mediante el cual se corrió traslado para alegar de conclusión por tres (03) días, comunicándolo en debida forma a las partes querellada y querellante (folios 106 a 108), presentando únicamente la primera el escrito correspondiente, con fecha 9 de febrero de 2023 (folios 109 a 111), en el cual se hace un resumen de la génesis y actual estado de la entidad dentro del proceso de liquidación voluntaria, centrando posteriormente sus argumentos en la falta de flujo de caja para justificar el incumplimiento de sus obligaciones y luego, en los fundamentos de derecho, cuestiona la estructura del acto de apertura de indagación preliminar, propone la excepción de responsabilidad por el hecho de un tercero y finaliza diciendo que a la fecha se encuentra al día en los pagos de seguridad social respecto a la querellante, a fecha 9 de julio de 2021, día en el cual finalizó la relación laboral entre las partes comprometidas en este asunto (folios 112 a 116). Aporta, además: copia simple del contrato de transacción entre querellante y querellada del 14 de junio de 2022 (folios 127 a 131); certificados de pago de aportes de abril a mayo de 2020, pagados el 17 de julio de 2020; certificados de pago de aportes de octubre a diciembre de 2020 y enero a julio de 2021, todas pagadas en el mes de septiembre de 2021 (folios 132 a 135) y copia simple de la escritura pública de disolución de sociedad anónima No. 3.303 (folios 136 a 151).

III. FORMULACIÓN DE CARGOS

Con Auto No. 0444 del 24 de octubre de 2022, se formularon los siguientes cargos en contra de SALUDOCOOP CLÍNICA LOS ANDES:

CARGO PRIMERO: Incumplir la obligación establecida en los artículos 4º de la Ley 797 del 2003 modificadorio del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 y 22 Ib, por la cual el empleador debe pagar oportunamente los aportes al Sistema General de Pensiones de sus empleados, sin excepción alguna. El incumplimiento reprochado se refiere a los periodos abril, mayo, junio, octubre y noviembre de 2019, enero y diciembre de 2020 y enero a julio de 2021.

Teniendo en cuenta que se reprocha la mora en el pago de aportes a seguridad social en periodos discontinuos, la acción se continuará únicamente respecto a la mora presentada en los periodos de enero de 2020 (pagado en el mes de marzo del 2020) y diciembre de 2020 y enero a julio de 2021 (pagados en el mes de septiembre de 2021).

CARGO SEGUNDO: Incumplir la obligación establecida en los artículos 16 y 21 literal a) del Decreto Ley 1295 de 1994, por la cual el empleador debe realizar el pago oportuno de los aportes al Sistema General de Riesgos Profesionales de sus empleados. El incumplimiento reprochado se refiere a los periodos abril, mayo, junio, octubre y noviembre de 2019, enero y diciembre de 2020 y enero a julio de 2021.

Teniendo en cuenta que se reprocha la mora en el pago de aportes a seguridad social en periodos discontinuos, la acción se continuará únicamente respecto a la mora presentada en los periodos de enero de 2020 (pagado en el mes de marzo del 2020) y diciembre de 2020 y enero a julio de 2021 (pagados en el mes de septiembre de 2021).

CARGO TERCERO: Incumplir la obligación establecida en el artículo 7 numeral 4 de la Ley 21 de 1982, por la cual el empleador debe realizar el pago oportuno de los aportes al Régimen de Subsidio Familiar de sus empleados. El incumplimiento reprochado se refiere a los periodos abril, mayo, junio, octubre y noviembre de 2019, enero y diciembre de 2020 y enero a julio de 2021.

Teniendo en cuenta que se reprocha la mora en el pago de aportes a seguridad social en periodos discontinuos, la acción se continuará únicamente respecto a la mora presentada

en los periodos de enero de 2020 (pagado en el mes de marzo del 2020) y diciembre de 2020 y enero a julio de 2021 (pagados en el mes de septiembre de 2021).

IV. PRUEBAS ALLEGADAS A LA ACTUACIÓN

Este Despacho fundamenta su decisión en los documentos aportados por la parte investigada y el testimonio recibido, pruebas que se discriminan así:

INDAGACIÓN PRELIMINAR

1. Pruebas documentales aportadas por la querellante.

- a) Copia simple de contratos de trabajo (folios 13 a 22).
- b) Respuesta pago de incapacidad (folio 23).
- c) Copia simple incapacidad médica (folios 24, 27, 30, 39, 46, 51, 55 a 57, 64 y 65).
- d) Copia simple de diversas epicrisis (folios 25 y 26, 28 y 29, 36 a 38 y 43 a 45).
- e) Copia simple de historia clínica (folios 31 a 34, 40 a 42, 47 a 50, 52 a 54 y 58 a 63).

2. Pruebas documentales portados por la querellada (DVD folios 78 y 83).

- a) Cámara de comercio junio 2021.
- b) Contrato IVANIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ.
- c) Pago seguridad social IVANIA DOMINGUEZ.
- d) Estados financieros y revelaciones.
- e) Auto admisorio tutela 2021-0218.
- f) Sentencia de tutela 2021-0218 concede salud y niega por improcedente pago de incapacidades.
- g) Acta medida preventiva de cierre IDSN.
- h) Anexos y autos de embargo Juzgado 2do Civil Circuito.
- i) Cédula representante legal Clínica Los Andes.
- j) Notificación liquidación voluntaria Clínica Los Andes Pasto S.A.
- k) Oficio cumplimiento acción de tutela No. 2021-00218.
- l) Resolución 002414 de 2015.
- m) Resolución 012877 de 2020 MEDIMAS.
- n) Resolución 2426 de 2017.
- o) Aportes seguridad social IVANNIA DOMINGUEZ periodos abril y mayo de 2019 y octubre de 2020 a julio de 2021.
- p) Aportes seguridad social IVANNIA DOMINGUEZ periodos noviembre de 2018 a marzo de 2019 y junio de 2019 a octubre de 2020.
- q) Certificado de nómina año 2019.
- r) Certificado de nómina año 2020.
- s) Certificado de nómina año 2021.
- t) Certificado afiliación de IVANIA DOMINGUEZ a fondo de pensiones.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

1. Pruebas documentales aportados por la querellada.

- a) Copia de contrato de transacción No. 008-22 de fecha 14 de junio de 2022.
- b) Copia del certificado de pago de aportes a seguridad social de la trabajadora IVANIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ cumplimiento de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, riesgos laborales y régimen de subsidio familiar con la querellante.

V. DESCARGOS

Una vez notificado el Auto No. 0444 del 24 de octubre de 2022, por el cual se formuló cargos en contra de la CLÍNICA LOS ANDES PASTO S.A. EN LIQUIDACIÓN, su representante legal guardo silencio.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LA QUERELLADA**

En el escrito de alegatos allegado por la querellada a través de apoderado judicial, se expone en el acápite de antecedentes un recuento de la génesis de su actual estado de liquidación, mencionando los saldos que a su favor existen en los procesos de liquidación de las empresas promotoras de salud como SALUDCOOP EPS, de la cual afirma un saldo a favor por la suma de \$9.000.000.000,00; CAFESALUD EPS, con una deuda de \$23.364.582.609,00 y MEDIMAS EPS, de quien también afirma le adeuda "una considerable cartera". Con esto, manifiesta que el flujo de recursos que percibía la clínica disminuyó considerablemente, llevándolos a la decisión de mantener solamente en funcionamiento el área de urgencias vitales, generando que la IPS no cuente con convenios, atenciones e ingresos que permitan pagar sus obligaciones.

Dice que, aunado a lo anterior, y por esa causa, el IDSN al verificar que la clínica no cumplía con los requisitos contemplados en la ley 2003 de 2014, impuso la medida preventiva de suspensión y cierre temporal de la institución.

Afirma que todo lo anterior conllevó a la asamblea de accionistas a declarar disuelta la sociedad e iniciar el proceso de liquidación voluntaria, acto inscrito el 18 de junio de 2021, encontrándose efectuado actualmente y según su dicho, la graduación de acreencias de acuerdo con la prelación de créditos.

En los llamados argumentos de defensa, dice el apoderado de la querellada que la situación de iliquidez financiera fue ocasionada por las decisiones adoptadas por la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las promotoras SALUDCOOP, CAFESALUD y MEDIMAS.

Dice entonces el apoderado de la empresa querellada que el incumplimiento que se investiga respecto a su representada en ningún momento se ha generado por mala fe y por el contrario, desde la Gerencia se adelantaron todas las actuaciones que legalmente correspondió realizar, buscando infructuosamente solución a la problemática descrita.

Como fundamento de derecho, se expone que SALUDCOOP CLÍNICA LOS ANDES depende para su funcionamiento, del pago de los servicios prestados a otras entidades que también adelantan acciones autorizadas de liquidación y reorganización.

Que la Clínica Los Andes continuará cumpliendo con las obligaciones labores, contractuales y legales contraídas de acuerdo con los ingresos de recursos de que dispone la entidad, destinando la mayor para el pago de acreencias laborales, encontrándose al día con el pago de los aportes al sistema de seguridad social.

Solicita se vincule "...a la presente investigación a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, quien a través de los actos administrativos expedidos (Resolución 2414 de 2015 Liquidación de SALUDCOOP EPS y Resolución No. 4342 DE 2019, Resolución 7172 de 2019) ha dejado a SALUDCOOP CLINICA LOS ANDES en una grave situación financiera, impidiendo que logremos cumplir con las obligaciones legales, laborales y contractuales suscritas. A SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACION, para que informe con certeza y claridad una fecha a partir de la cual iniciara a cancelar el saldo de las acreencias legalmente reconocidas y con las cuales se podría cubrir en parte los pasivos laborales que tenemos a la fecha, teniendo en cuenta además que esta es la empresa matriz del grupo y que SALUDCOOP CLINICA LOS ANDES es una subordinada de ella, así lo establece el certificado de cámara de comercio. A CAFESALUD EPS, con el fin de que presente un cronograma de pagos de la cartera pendiente y sobre la cual se presentó las respectivas acreencias en virtud de la Resolución 7172 de 2019."

Más adelante ataca el acto administrativo de apertura de indagación preliminar, diciendo lo siguiente:

"Por otra parte, es necesario mencionar que los servidores públicos, con el objeto de dar estricto cumplimiento a la función pública, establecida en los artículos 122 y 209 de la Constitución Política y por ende materializar los fines esenciales del Estado, profieren diversas clases de decisiones administrativas.

Para que las decisiones adoptadas por los funcionarios públicos se ajusten al ordenamiento jurídico, estas deben cumplir con un mínimo de requisitos, o mejor con unos requisitos de validez, tales como la competencia, **motivación**, procedimiento, entre otros.

De tal forma, es claro que el **acto administrativo en su conformación debe observar unos elementos integrantes inescindibles para su validez**, que a su vez garantizan la seguridad jurídica en la actuación que se decide.

Ahora, al ser la **motivación** de los actos una de las condiciones necesarias para su validez, es pertinente analizar los efectos que produce su inobservancia por parte de la entidad pública que expide la decisión.

La motivación se debe entender como la **razón o causa**, que impulsa o estimula al ente generador del acto a definir o decidir determinada circunstancia o aspecto de una forma específica, es decir el porqué de la decisión adoptada.

Es derecho de los asociados, que los actos expedidos por la administración y que definan una situación, por lo menos establezcan la razón o motivación del porqué de la misma, es decir los **argumentos en los cuales se funda**. Al respecto, los artículos 35 y 60 del C.C.A., preceptúan la **necesidad de motivación de los actos administrativos, sobre la necesidad de indicar los supuestos de hecho y de derecho en que encuentra sustento**.

Resalta lo anterior, lo establecido en múltiples ocasiones por parte del Consejo de Estado¹, entre los cuales se resalta:

"La motivación del acto administrativo se considera como "la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a su emisión", la cual reviste especial importancia al momento de realizar el análisis de legalidad por ser un "medio técnico de control de la causa del acto". Por tal razón, se considera que no es "un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional: por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión". **El acto de la administración obedece a unas circunstancias fácticas y legales anteriores a su expedición, las cuales deben ser expresadas en el cuerpo de la decisión, salvo excepción legal, con el objeto de que los afectados con el acto conozcan las razones que influyeron para su expedición**, ya que "la administración no puede actuar caprichosamente, sino que por el contrario, debe hacerlo respondiendo a las circunstancias de hecho y derecho que en cada caso correspondan". El Código Contencioso Administrativo establece la obligación de motivar, en forma sumaria, **las decisiones de la administración, a pesar de lo cual hay que entender que la motivación debe incluir la totalidad de los aspectos en los cuales es necesario tener en cuenta, como reiteradamente lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia, que la motivación no se cumple con cualquier fórmula de carácter general, llamadas comodín o passe-partout, sino que ella ha de ser suficiente, esto es ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión, en cada caso concreto**" (Negrilla fuera de texto)

Por lo tanto, para pregonar la **validez del acto administrativo**, es indispensable que **el mismo haya tenido en cuenta, o considerado las circunstancias fácticas y**

¹ Consejo de Estado, Expediente: 7627, M.P, Germán Ayala Mantilla

jurídicas en las que se apoya la voluntad de la administración, para que así los afectados con el acto administrativo, tengan conocimiento del porqué de la decisión y puedan entrar a controvertirla en caso de considerarlo necesario.

Vale la pena resaltar, que **la decisión adoptada** por parte de la administración, **debe incluir la totalidad de consideraciones sobre las cuales se funda lo resuelto**. En otra forma, **no es suficiente que la entidad pública esgrima como motivación aspectos generales o exiguos, que en realidad no conduzcan a establecer cual fue el verdadero génesis de la decisión**.

Dilucidada la obligación que tienen los servidores públicos al momento de constituir y proferir el acto, en el sentido de enunciar las **consideraciones de hecho, como legales en que se basa lo decidido**, es necesario determinar la consecuencia y efecto cuando no se atiende tal obligación, que no puede ser otra que **la afectación de la validez del mismo y por tanto se constituye en una causal de vulneración del derecho al debido proceso y derecho de defensa**.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el acto a través del cual se ordena una averiguación preliminar carece de motivación y fundamento, debiendo tenerse en cuenta además que el Ministerio del Trabajo – Dirección Territorial, es conocedora de la situación que se está presentando en nuestra institución, ya que hemos acudido en varias oportunidades poniendo de presente la situación que se está presentando, suscribiendo actas de conciliación todas las cuales hasta la fecha se encuentran cumplidas."

Por otro lado, propone el apoderado de la querellada la "excepción de responsabilidad el hecho de un tercero" fundamentada como sigue:

"De acuerdo a lo antes expuesto, se puede establecer que en el presente caso existe un eximente de responsabilidad, toda vez que la consecuencia del no pago oportuno de los salarios se ha debido a situaciones generadas por terceros (SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN Y CAFESALUD EPS Y MEDIMAS EPS).

El artículo 64 del Código Civil establece: "FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

El artículo 1604 RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes".

Artículo 1616 RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN LA CAUSACIÓN DE PERJUICIOS: "Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Respecto a la responsabilidad de un tercero como eximente de responsabilidad la Honorable CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACIÓN CIVIL Magistrado Ponente: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA Ref. Expediente No. 11001-3103-003-1995-07113-01,

noviembre de 2005 ha señalado: "En el pasado, y siempre con la mirada en cada episodio, dos elementos han sido analizados por la Corte para que un hecho pueda ser considerado como evento de "fuerza mayor o caso fortuito -fenómenos simétricos en sus efectos-, es necesario que, de una parte, no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva y, de la otra, que sea inevitable, fatal o ineludible, al punto de determinar la conducta de la persona que lo padece, quien, por tanto, queda sometido irremediabilmente a sus efectos y doblegado, por tanto, ante su fuerza arrolladora. Imprevisibilidad e irresistibilidad son, pues, los dos elementos que, in casu, permiten calificar la vis maior o casus fortuitus, ninguno de los cuales puede faltar a la hora de establecer si la situación invocada por la parte que aspira a beneficiarse de esa causal eximente de responsabilidad, inmersa en la categoría genérica de causa extraña, puede ser considerada como tal. En torno a tales requisitos, la Corte ha puntualizado que si 'el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por mas súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor... (G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63)', siendo necesario, claro está, 'examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual', desde la perspectiva de los tres criterios que permiten, en concreto, establecer si el hecho es imprevisible, a saber: '1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo' (Sentencia de 23 de junio de 2000; exp.: 5475). Y en relación con la irresistibilidad, ha predicado la Sala que un hecho es irresistible, 'en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente -sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito' (Sentencia de 26 de noviembre de 1999; exp.: 5220)" (Sent. Cas. Civ. de 26 de julio de 2005, Exp. No. 06569- 02). República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil E.V.P. Exp. No. 07113-01 22 Además de lo dicho, la Corte ha reiterado que los citados elementos del caso fortuito o la fuerza mayor deben concurrir en el hecho que invoca el deudor como eximente de la responsabilidad demandada, "de forma que si se verifica uno de ellos, pero no los dos, no será posible concederle eficacia alguna, ya que esta es bipolar" (Sent. Cas. Civ. 23 de junio de 2000, Exp. No. 5475). Frente a la responsabilidad contractual ha puntualizado la Corte los anteriores postulados, al decir que para que la fuerza mayor o el caso fortuito tengan la entidad suficiente para producir el efecto liberatorio esperado por el deudor, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino "indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inexecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor, b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) ser irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir que no haya sido suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización' (Cas. Civ. de 5 de julio de 1935)" (Sent. Cas. Civ. de 4 de julio de 2002, Exp. No. 6461). Fruto de los anteriores precedentes emerge la conclusión de que el contratante que alega el caso fortuito o la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual, debe demostrar los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad, que no contribuyó por acción u omisión en la realización del hecho, pues si de lo que se trata es de fracturar la relación entre la actuación del deudor y el resultado contractual no deseado, la existencia de una conducta inapropiada de dicho deudor, permitiría mantener el lazo causal y le haría atribuible el resultado dañoso".

Existe un eximente de responsabilidad ya que la actual situación de la entidad ha sido generada por la SUPER SALUD, quien ha adoptado todas las decisiones antes señaladas, afectando nuestra situación impidiendo que podas garantizar los servicios a los usuarios que acudan a nuestra institución, incumpliendo nuestras obligaciones propias con los trabajadores, pese a ello siempre hemos destinado los pocos recursos con los que contamos como primera opción para el pago de acreencias laborales, en favor de los trabajadores activos, durante los meses de abril a agosto de 2019, la situación fue muy

complejo obligo al cierre de servicios ante el Instituto Departamental de Salud, porque no contábamos con los recursos humanos, físicos, materiales, insumos, medicamentos, especialistas que pudieran garantizar los servicios, todas estas condiciones son generadoras de una eximente de responsabilidad."

Finalmente, frente al caso concreto de la señora **IVANNIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ** manifiesta: *"...se tienen que a la fecha la Clínica los Andes se encuentra al día en el pago de seguridad social en Pensiones, riesgos laborales y en el régimen de subsidio familiar hasta el día 09 de julio de 2021, fecha en la cual se terminó el contrato laboral conforme a lo señalado en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo e). Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento; y lo estipulado en el contrato de transacción No. 008-22 de fecha 14 de junio de 2022 donde las dos partes de forma voluntaria y consciente han coincidido que la relación laboral ventilada se terminó el día 09 de julio de 2021. Se anexa a la presente el contrato de transacción como la prueba por medio de la cual se demuestra que se está al día con el cumplimiento de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, riesgos laborales y régimen de subsidio familiar con la querellante.*

Cabe resaltar que el contrato laboral suscrito entre la señora IVANNIA CRISTINA DOMÍNGUEZ GÓMEZ con la Clínica los Andes S.A. EN LIQUIDACIÓN, fue terminado de mutuo acuerdo."

Con el escrito de alegatos, la querellada, por medio de su apoderado, allega como pruebas los siguientes documentos:

"...

1. *Copia de contrato de transacción No. 008-22 de fecha 14 de junio de 2022.*
2. *Copia del cumplimiento de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, riesgos laborales y régimen de subsidio familiar con la querellante."*

Como peticiones, se elevan las siguientes:

"...PRIMERO: Se ordene el archivo de la presente investigación teniendo en cuenta las consideraciones fácticas, jurídicas y de hecho expuestas y soportadas por la parte querellada a lo largo del proceso de la referencia y en el presente escrito.

***SEGUNDO:** En caso de continuarse la presente investigación vincular al trámite correspondiente a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN Y A CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN Y MEDIMAS EPS toda vez que como quedo señalado anteriormente son las decisiones de estas entidades las que han generado la graves situación de iliquidez financiera en nuestra institución..."*

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. COMPETENCIA.

Este despacho es competente para pronunciarse en el presente asunto, de conformidad con la Resolución No. 3238 de 2021, mediante la cual se faculta a los inspectores de trabajo, en su rol de función coactiva, para adelantar y decidir las investigaciones administrativo – laborales en materia de derecho laboral, colectivo y seguridad social en pensiones, entre otras funciones; Resolución No. 3455 por medio de la cual faculta a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social adscritos al grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia, Control y Resolución de Conflictos- Conciliación de Nariño para ejercer inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento de las normas laborales en lo individual y colectivo, de seguridad social , pensiones y empleo e imponer las sanciones previstas en las disposiciones legales vigentes; Ley 1437 de 2011 que faculta a los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos

órdenes, sectores y niveles entre los que se encuentra el Ministerio del Trabajo – Dirección Territorial de Nariño para adelantar averiguaciones preliminares y procesos administrativos sancionatorios, dentro de las actuaciones administrativas de oficio y a solicitud de parte en concordancia con el artículo 6 de la ley 1610 del 2013; Ley 1610 de 2013 que faculta a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social para ejercer sus funciones de Inspección, Vigilancia y Control en todo el territorio nacional y les asigna el conocimiento de los asuntos individuales y colectivos en el sector privado y de derecho colectivo del trabajo del sector público; Artículo 485 del Código Sustantivo del Trabajo que asigna la vigilancia y el control del cumplimiento de las normas laborales y demás disposiciones sociales al Ministerio del Trabajo; Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, que de manera clara y expresa dispone las facultades de los funcionarios del ministerio.

2. RECONOCIMIENTO DE PODER

Con el escrito de alegatos de conclusión se allega poder otorgado por el Dr. GERARDO IVAN BASTIDAS BELTRAN, gerente de la Clínica Los Andes, al abogado DAVID FERNANDO GORDILLO ROSERO, en el que se especifica que el mismo se concede únicamente para la presentación de los alegatos de conclusión.

Se tiene que la Ley 2213 de 2022 a través de la que se estableció la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, en su artículo 5 dice sobre los poderes especiales para cualquier actuación judicial, que estos se podrán conferir mediante **mensaje de datos**, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento. Y como requisito especial dice que debe indicarse en el texto **la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados.**

Ninguno de los requisitos exigidos se contempla en el memorial allegado, por lo que no habría lugar al reconocimiento de personería al apoderado DAVID FERNANDO GORDILLO ROSERO. No obstante, se observa que de todos modos, tanto el escrito de alegatos con sus anexos, entre ellos el poder mencionado, se remiten desde el correo juridicaclinicalosandes@gmail.com al correo institucional del Ministerio de Trabajo notificacionesjudiciales@mintrabajo.gov.co, por lo que alejándose de la extrema formalidad, se entenderá que efectivamente es voluntad del representante legal de la entidad querellada, que su representación esté en cabeza del profesional del derecho ya mencionado, por lo que se le reconocerá personería adjetiva solo para la presentación de los alegatos de conclusión, tal como lo precisa en el poder tantas veces mencionado.

3. DECRETO DE PRUEBAS.

Teniendo en cuenta que el artículo 40 del C.P.A.C.A. dice que "...Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos...", se tendrán como pruebas legalmente allegadas al proceso, los documentos aportados con el escrito de alegatos de conclusión a saber:

- *Copia de contrato de transacción No. 008-22 de fecha 14 de junio de 2022.*
- *Copia del certificado de pago de aportes a seguridad social de la trabajadora IVANIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ cumplimiento de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, riesgos laborales y régimen de subsidio familiar con la querellante.*

Como quiera que en el escrito de alegatos de conclusión se menciona que se aporta como prueba **"...copia de las Resoluciones mencionadas en el presente escrito que son de conocimiento público y constituyen un hecho notorio..."**, las mismas no se decretarán puesto que no son allegadas con el memorial radicado, salvo las que sí se aportaron con anterioridad como respuesta al requerimiento inicial en este proceso, a saber: resoluciones 2414 de 2015, 2426 de 2017 y 012877 de 2020.

4. DE LA SOLICITUD DE VINCULACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD, SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN Y MEDIMAS EPS.

Según el decir del apoderado de la querellada, la Superintendencia de Salud, con sus decisiones que afectaron el funcionamiento de SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y MEDIMAS EPS, ocasionó el desequilibrio económico por el que atraviesa la Clínica Los Andes y que a la postre impidió el cumplimiento, en el caso particular, de sus deberes laborales con la señora IVANNIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ, razón por la cual solicita se vincule a las entidades mencionadas a este proceso.

Se considera necesario entonces, y toda vez que se pretende ya sea integrar una especie de litisconsorcio o de vincular terceros que la querellada considera responsables del incumplimiento de las normas laborales y de sus deberes como empleador, aclarar que el procedimiento administrativo sancionatorio, en cumplimiento de la función coactiva o de policía administrativa, tiene como propósito el ejercicio de la facultad coercitiva que se refiere a la posibilidad de requerir o establecer la responsabilidad de los investigados que pudieron infringir normas laborales o de seguridad y salud en el trabajo por su inobservancia o violación, aplicando en caso de sanción siempre el principio de proporcionalidad y de esta manera retornar a la preservación del orden justo y la convivencia pacífica que deben existir en las relaciones laborales.

Por otro lado, en este procedimiento se conocen todos aquellos asuntos mediante los cuales se pone en conocimiento una serie de hechos y pruebas acerca de la posible violación de las normas laborales y de seguridad y salud en el trabajo, de acuerdo con las competencias previstas en el artículo 1 de la Ley 1610 de 2013 y en disposiciones especiales.

A su vez, la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, establece en su artículo 5, como obligación del Estado, la de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, obligaciones que se cristalizan entre otros aspectos, a través de acciones prácticas como la señalada en el literal e) de la norma en comento, según la cual es responsabilidad del Estado el ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o entidades especializadas que se determinen para el efecto.

Finalmente, en este punto, se tendrá en cuenta que el apoderado de la querellada no expone razones válidas por las cuales se deba vincular como responsables de la omisión en el cumplimiento de la norma laboral a las entidades SUPERINTENDENCIA DE SALUD, SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y MEDIMAS EPS. Se entiende que su pedimento se basa en lo que, respecto a la Clínica Los Andes se trata, llama iliquidez financiera, situación que manifiesta es originada en las decisiones que tomó la Superintendencia Nacional de Salud contra las empresas promotoras ya mencionadas, pero se desconoce que la primera obra (sin someter a ningún tipo de censura sus decisiones pues no es competencia de este despacho) en cumplimiento de sus funciones legales, tal como se expuso al referenciar la ley 1751 de 2015. Ahora bien, las consecuencias de esas decisiones no pueden tenerse como justificación válida de omitir el cumplimiento de las normas laborales y desde ningún punto de vista, conforman esas consecuencias ni las decisiones en sí, una relación jurídica única e indivisible que deba tratarse a través del litigio administrativo sancionatorio y menos, resolverse de manera uniforme tanto para la querellada como para los que el apoderado de ésta pretende vincular, puesto que las decisiones de la Superintendencia de Salud y sus consecuencias son actos que deben atacarse a través de otros medios en la jurisdicción que corresponda, mientras que el proceso administrativo sancionatorio estudia el cumplimiento de las normas laborales por parte del empleador y respecto de los trabajadores, por lo que la posible vinculación de terceros, será siempre con aquellas personas o empresas del sector particular o privado que estén relacionadas jurídicamente con el aspecto laboral para ambas partes.

Así las cosas, no se accederá al llamamiento o vinculación que el apoderado de la querellada solicita respecto de la SUPERINTENDENCIA DE SALUD, SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y MEDIMAS EPS.

5. DE LAS MANIFESTACIONES CONTRA EL AUTO DE APERTURA DE AVERIGUACIÓN PRELIMINAR.

El señor apoderado de la empresa querellada eleva manifestaciones en contra de la legalidad del Auto de Apertura de Averiguación Preliminar, aduciendo, en suma, falta o ausencia de motivación. Teniendo en cuenta que ni en su estructuración ni en las peticiones se menciona ni siquiera de forma tangencial la finalidad de tal ataque, éste se resolverá también de forma general, pues no puede este despacho suponer la finalidad de ese punto específico.

Ahora bien, dado que de su manifestación podría también el despacho decretar una posible nulidad oficiosa, se encuentra necesario hacer las siguientes aclaraciones.

Respecto del deber imperativo de individualizar e identificar a los presuntos contraventores, el Consejo de Estado en sentencia del 23 de enero de 2003 en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Manuel S. Urueta Ayola, señaló la importancia que la fase de averiguaciones preliminares tiene en el recaudo información necesaria para establecer si se debe o no abrir una investigación administrativa. Igualmente señaló que las averiguaciones preliminares: **(i) no están sujetas a formalidad alguna (ii) no constituyen una etapa obligatoria, y (iii) las entidades no están obligadas a abrir una investigación administrativa**; solo deben hacerlo si después de hacer las labores de verificación, encuentran méritos para iniciar un procedimiento sancionatorio.

Es de destacar que el Alto Tribunal de lo contencioso administrativo ha considerado que la fase de averiguación preliminar tiene como finalidades: **(i) verificar la ocurrencia del hecho; (ii) determinar la presunta violación de normas y/o contravenciones que se enmarquen dentro las facultades de inspección, vigilancia y control; (iii) identificar plenamente los posibles infractores; (iv) considerar la eventual procedencia de sanciones; y (v) evaluar si operó la caducidad de su facultad sancionatoria.**

Se ha considerado que la fase de averiguaciones preliminares es una actuación de gran importancia por cuanto su finalidad es determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una contravención o infracción de las normas laborales y de riesgos laborales, identificar a los presuntos responsables de esta o recabar elementos de juicio que permitan efectuar una adecuación clara, precisa y circunstanciada de la conducta. Esta actuación permite determinar si existe mérito suficiente para iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio eficaz y eficiente.

Es importante destacar que la averiguación preliminar puede iniciarse incluso sin conocer el sujeto activo de la presunta infracción, ya que precisamente una de las finalidades de esta etapa es determinar los sujetos que presuntamente están incurso en una conducta constitutiva de infracción o contravención.

Es por ello que, si en el transcurso de una averiguación preliminar hay personas plenamente identificadas las mismas no tendrán la condición de parte ni mucho menos de investigado, toda vez que dicha averiguación, no es en sí un proceso de investigación tendiente a demostrar el cometimiento de una infracción o contravención. La averiguación preliminar en si misma constituye una etapa en el cual no existe debate alguno, puesto que el actuar de la autoridad va encaminado a establecer la necesidad o no de iniciar un procedimiento sancionatorio formal.

Ahora bien, la información previa que se obtiene no requiere un juicio de verdad sobre la existencia de la falta, contravención o infracción, puesto que, precisamente para eso está diseñado el procedimiento administrativo sancionatorio, con el principio de la verdad real o material; por tanto, esta actuación no forma parte de dicho procedimiento en sí.

Esta actuación tiene justificación en la necesidad de hacer eficientes y racionalizar los recursos administrativos, para no incurrir en la apertura precipitada de un procedimiento administrativo sancionatorio.

Ahora bien, en vista que el querellado manifiesta vehementemente la falta de motivación del acto de apertura de averiguación preliminar, también es importante precisar que los actos administrativos han sido definidos por la doctrina como "las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos"².

Respecto a la emisión y nacimiento del acto administrativo se precisa que para que éste pueda nacer a la vida jurídica debe reunir los requisitos y procedimientos consagrados en la ley, por lo tanto, cualquier autoridad pública puede emitir actos administrativos, independientemente del nivel al que pertenezcan, es decir, pueden ser expedidos por autoridades del orden nacional, territorial o por los órganos de control.

De igual forma, la doctrina ha sostenido que existen ciertos elementos esenciales en todo acto administrativo que predeterminan la validez y la eficacia misma del acto, es decir, la competencia de la autoridad administrativa, la voluntad en la expedición, el contenido, la motivación, la finalidad y la forma.

En relación con los efectos del acto administrativo se tiene que por regla general surte efectos a partir de su expedición, siempre que no contenga alguna determinación que lo dilate, posponga o suspenda, como su publicación, notificación, requerir de la aprobación de un superior o estar sujeto a una condición para que produzca sus efectos.

De igual manera, la normatividad vigente diferencia la forma de poner en conocimiento los actos administrativos según sean éstos de carácter general o particular, en razón a los efectos que estos mismos producen. Específicamente, en los actos administrativos de carácter particular, su obligatoriedad y los requisitos de su notificación están regulados en los artículos 67 a 70 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.

En este caso, la notificación a través de los diversos medios señalados por el ordenamiento legal constituye una formalidad que le brinda legitimidad y eficacia a la actividad administrativa, y así mismo, una garantía de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al derecho de defensa, en cuanto eventualmente le permitirá al afectado por el mismo ejercer los correspondientes recursos y acciones.

De lo anterior se deduce que el acto administrativo, general o particular, existe desde el momento mismo en que se profiere o expide, pero no produce efectos jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación. En este sentido, dispone el Artículo 72 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, que "Sin el lleno de los anteriores requisitos, no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión..."

De otra parte, en relación con la vigencia de los actos administrativos, el Consejo de Estado considera que la decisión administrativa contenida en el acto de carácter general o particular es válida desde el momento en que se expide (desde que ha sido firmado, aún sin haber sido publicado o notificado, según el caso); sin embargo, su fuerza vinculante comienza desde que se ha producido la publicación o notificación del acto; por lo tanto, la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. En este evento, se está ante un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco del acto y posterior al mismo.

En síntesis, los actos administrativos expedidos por las autoridades de los diferentes órdenes existen y son válidos desde el momento mismo de su expedición, pero no

² RODRIGUEZ R. Libardo: Derecho Administrativo General y Colombiano, 14 ed., Bogotá, Editorial Temis S.A., 2005.

producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación, en tratándose de actos administrativos de carácter general, o su notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter particular. Sólo a partir de este momento, serán obligatorios y oponibles a terceros.

En este mismo sentido, y como ya se había mencionado, no sobra reiterar que desde la doctrina y la jurisprudencia se ha manifestado que "El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados"³.

Lo anterior permite identificar el acto administrativo con el cual se dio apertura a la averiguación preliminar en este proceso administrativo sancionatorio que nos convoca, como un acto preparatorio o de trámite que no es susceptible de control judicial, en tanto no está modificando, creando o extinguiendo vínculos jurídicos.

Corolario de lo anterior, este despacho considera que el acto de apertura de averiguación preliminar que se ataca por el querellado, dándole de manera forzada y equivocada características y atributos de un acto administrativo definitivo, y con ello, también forzadamente, queriendo inducir al despacho a decretar presuntamente nulidades o revocatoria directa, cumple con los requisitos que legalmente debe tener, pues con él no se pretende determinar una responsabilidad sino establecer parámetros que permitan emitir un acto administrativo que dé apertura a proceso sancionatorio o, en su defecto, de archivo de las diligencias.

Siendo así, existe claro fundamento para determinar que no el Auto No. 0274 del 16 de agosto de 2021, goza de plena legalidad y en suma, no está afectado por vicio de nulidad alguno.

6. DE LA EXCEPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE UN TERCERO.

La querellada atribuye el incumplimiento de las normas laborales reprochadas, a los actos de intervención realizados por la Superintendencia Nacional de Salud y los consecuentes procesos de liquidación de las promotoras SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y MEDIMAS EPS.

Como se dijo en acápites anteriores, las decisiones legales tomadas por la Superintendencia Nacional de Salud y las consecuencias que ellas tuvieron para las

³ Sentencia 2014-00109 de 2020 Consejo de Estado. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; Sección Segunda – Subsección A

promotoras SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y MEDIMAS EPS, no puede tenerse como justificación válida para la omisión del cumplimiento de las normas laborales, normas que bajo ninguna excusa pueden evadirse, pues el pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social no pueden depender del pago de un tercero, ya que esas obligaciones nacen de la prestación del servicio que el trabajador hace para su empleador, siendo ésta la única relación que genera la fuente de obligaciones recíprocas, para el trabajador, de desarrollar la labor para la cual fue contratado, y para el empleador, de pagar el salario, prestaciones y aportes a seguridad social, por lo cual los hechos de terceros, como el que se describe por el querellado y con el que pretende justificar las moras en el pago de los aportes ya mencionados, no conservan una relación jurídica única e indivisible que deba tratarse en este asunto y menos que sean consideradas como justificaciones para validar las omisiones estudiadas.

Siendo así las cosas, no se acepta la excepción propuesta, continuando con el proceso administrativo sancionatorio.

7. ANALISIS DE LOS HECHOS Y LAS PRUEBAS.

Para el efecto, se tendrá en cuenta que la presente actuación administrativa se sustenta en el recaudo probatorio efectuado tanto en la etapa de averiguación preliminar, como en el subsiguiente proceso administrativo sancionatorio y su correspondiente valoración.

Teniendo en cuenta que los cargos endilgados se encuentran enlazados por una constante consistente en la mora en el pago de aportes a seguridad social que en lo que concierne a este despacho se refiere a los sistemas de pensiones, riesgos laborales y caja de compensación familiar, que no se presentaron descargos y que a manera de alegatos de conclusión ataca el acto de apertura de averiguación preliminar y justificando la mora reprochada en hechos de un tercero, el despacho procederá al estudio, también de forma general, de las justificaciones que el representante legal de la Clínica Los Andes presenta como génesis de la mora en los pagos ya mencionados.

Como ya se había expuesto en el Auto No. 0444 del 24 de octubre de 2022, los cargos endilgados se refieren a la mora en el pago de aportes a seguridad social en los sistemas de Pensiones, Caja de Compensación Familiar y Riesgos Laborales.

Por su parte, la querellada a través de su representante legal presentó aceptación expresa de la mora investigada, sin que en tal acción se expusiera contradicción respecto a los periodos en que tal omisión se reprocha.

En efecto, en el oficio con el que se da como respuesta a la notificación del Auto de apertura de la averiguación preliminar, en el ordinal décimo primero de los hechos, manifiesta textualmente:

"DECIMO PRIMERO: Frente al caso en concreto de la señora Ivania Cristina Domínguez se tiene que el atraso en el pago de salarios y seguridad social no se ha generado por MALA FE del suscrito como empleador si no que obedece a causas externas y ajenas a nuestra voluntad..."

Más adelante, manifiesta estar al día en los pagos de seguridad social de la señora IVANNIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ, con ocasión de la acción de tutela presentada por la querellante, pago realizado el 16 de septiembre de 2021. Así se expuso en los ordinales décimo tercero y décimo cuarto de su escrito, los que a la letra dicen:

"DECIMO TERCERO: Se tiene que el día 9 de septiembre de los corrientes, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, profirió auto de admisión de Acción de Tutela radicada bajo el No. 2021-00218, siendo accionante la señora Ivania Domínguez, tutela que fue resuelta a través de sentencia emitida el día de ayer 22 de septiembre [de 2021]...

DECIMO CUARTO: A pesar de las circunstancias tan dificultosas manifestadas, y haciendo un gran esfuerzo Clínica los Andes en atención a la radicación de la acción de tutela ya referida el día 16 de septiembre [de 2021], efectuó el pago de la totalidad de la seguridad social adeudada quedando a paz y salvo por este concepto..."

Lo anterior también se verifica en el escrito de alegatos de conclusión, cuando expresa que respecto al caso de la señora IVANNIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ, la Clínica Los Andes se encuentra al día en el pago de aportes a seguridad social hasta el día 9 de julio de 2021, fecha en la cual se terminó el contrato laboral por liquidación o clausura definitiva de la empresa y por lo estipulado en el contrato de transacción No. 008-22 del 14 de junio de 2022 donde las partes de mutuo acuerdo consienten la terminación de la relación laboral con fecha 9 de julio de 2021.

También se encuentra determinado palmariamente con los soportes de pago de los aportes a seguridad social vigencias 2019 a 2021 allegados por la investigada, el pago extemporáneo, específicamente y en lo que nos compete, los aportes a los sistemas de pensiones, cajas de compensación familiar y riesgos laborales.

En efecto, los aportes de estos sistemas del mes de Enero del 2020 se pagaron en el mes de Marzo de ese año, mientras que los de Diciembre del 2020 y Enero a Julio del 2021 se pagaron en el mes de Septiembre del último año mencionado, observándose una mora sistemática en el cumplimiento de la obligación que como empleador le asistía a la Clínica Los Andes, de garantizar el derecho fundamental del acceso a la seguridad social de sus empleados, a través del pago oportuno de los aportes correspondientes, incumpliendo entonces con las obligaciones contenidas en el artículo 4º de la Ley 797 del 2003 modificadorio del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 y 22 Ib., artículos 16 y 21 literal a) del Decreto Ley 1295 de 1994 y artículo 7 numeral 4 de la Ley 21 de 1982.

Ahora bien, las exculpaciones presentadas por el representante legal de la Clínica Los Andes, no alcanzan el poder suficiente para que se tenga como justificación de las moras e inconsistencias presentadas en los pagos de los aportes tantas veces mencionados, toda vez que lo afectado no se refiere a una simple suma de dinero que incida únicamente de forma material y tangencial a los trabajadores, sino que se trata de derechos constitucionales y fundamentales que versan sobre el acceso a la seguridad social cuyo desconocimiento, incumplimiento o cumplimiento tardío pone en riesgo el bienestar individual, familiar y de la salud de los trabajadores, en este caso particular de la señora IVANIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ, como se evidenció no solo en la no atención de salud cuando así lo requirió, sino en el no pago oportuno de la incapacidad médica ordenada, conducta entonces que no es admisible bajo ninguna excusa.

Atendiendo el análisis antes referido, considera este despacho, que los cargos endilgados a la Clínica Los Andes no fueron desvirtuados.

8. ANALISIS Y VALORACION JURIDICA DE LAS NORMAS CON LOS HECHOS PROBADOS

8.1. De la mora en el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, sistemas de pensiones, caja de compensación familiar y riesgos laborales.

El artículo 2º de la Constitución Nacional, indica que son fines esenciales del Estado entre otros, los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos y deberes consagrados en la Constitución. También nos ilustra sobre las funciones y deberes de las autoridades de la República, sobre las que manifiesta que están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Por su parte, el artículo 48 ib., nos informa que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado; al tiempo de que en el ordenamiento superior se consagra el principio de la garantía de la seguridad social.

Descendiendo al marco legal que regula el sistema general de seguridad social, se encuentra que respecto a la afiliación y pago de aportes al sistema de pensiones, los artículos 15, 17, 18, y 22 de la Ley 100 de 1993 consagran el deber del empleador, en

vigencia de la relación laboral, de afiliar y efectuar las cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones con base en el salario o ingresos mensuales que perciba el trabajador resultado de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, y que en todo caso, el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Respecto a la afiliación y pago de aportes al sistema de riesgos laborales, son los artículos 16 y 21 literal a) del Decreto Ley 1295 de 1994, los que imponen la obligación para el empleador de realizar las afiliaciones y pagar los aportes al Sistema General de Riesgos Profesionales de sus empleados. Y en lo que compete a la afiliación y pago de aportes al régimen de subsidio familiar de los empleados, en el artículo 7 numeral 4 de la Ley 21 de 1982, el que impone el deber al empleador de realizar las afiliaciones y pagar los correspondientes aportes, pagos todos los anteriores que deben realizarse, sin excusa alguna, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Se tiene entonces que en vigencia de una relación laboral, al empleador le surge el deber constitucional y legal de afiliar y efectuar las cotizaciones al sistema general de seguridad social salud, pensión, riesgos laborales, caja de compensación familiar y parafiscales, lo anterior por tratarse de una gama de derechos de linaje irrenunciable más cuando se consagran en disposiciones jurídicas de orden público; lo anterior con el objetivo de garantizar las prestaciones económicas y de salud a sus trabajadores ante las contingencias de la invalidez, la vejez y la muerte, garantizar la prevención de accidentes y enfermedades laborales junto con protección ante el acaecimiento de accidentes y enfermedades laborales, así como garantizar el acceso a la recreación personal del trabajador y de su núcleo familiar.

Al respecto así se ha pronunciado nuestra Corte Constitucional en Sentencia T-281 del 23 de julio de 2018, MP. José Fernando Reyes Cuartas: "46. En definitiva, el derecho a la seguridad social busca proteger al trabajador cuando por algún evento o contingencia que mengua su salud, calidad de vida o capacidad económica, requiere de la ayuda del Estado y de la comunidad para proveerse los medios mínimos que le garanticen una subsistencia en condiciones dignas. (...)".

Estando así las cosas y de acuerdo con lo probado en la presente actuación, se constata que la investigada, Clínica Los Andes, infringió las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a las que se ha hecho referencia, en la medida que el pago de los aportes a seguridad social del mes de enero de 2020 se pagó en el mes de Marzo de ese año y los de diciembre de 2020 y enero a julio de 2021 se pagaron en el mes de Septiembre del último año mencionado, tal como se encuentra demostrado con las pruebas documentales aportadas por el querellado y por la manifestación realizada por el representante legal de la Clínica Los Andes, conducta que afecta un derecho fundamental como lo es el del acceso a la seguridad social y por lo cual, no admite justificación alguna.

En síntesis, tal como se ha demostrado a lo largo de todo el proceso seguido en contra de la Clínica Los Andes, la empresa no desvirtuó ninguno de los cargos endilgados en el Auto No. 0444 del 24 de octubre de 2022, toda vez que, los argumentos esbozados por el señor Representante Legal de la querellada a través de su apoderado, doctor DAVID FERNANDO GORDILLO ROSERO, no son de recibo para este Despacho, ya que si bien es cierto se realizaron los pagos de los aportes a seguridad social, estos se hicieron de manera extemporánea violando derechos constitucionales como es el del acceso oportuno a la seguridad social, considerando además que no puede aplicarse en este proceso la figura del hecho superado, pues lo que se investiga es la omisión o cumplimiento oportuno de los deberes que como empleador le asistía a la Clínica Los Andes, y en este caso particular, respecto a la señora IVANNIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ.

Atendiendo el análisis antes referido, considera este despacho, que los cargos endilgados a la CLINICA LOS ANDES no fueron desvirtuados, pues con su actuación ha puesto en riesgo el bienestar individual, familiar y de la salud de la señora IVANNIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ, quien incluso tuvo que acudir a la acción de tutela para obtener la satisfacción del pago de los aportes a seguridad social ya referidos, es decir, su cumplimiento fue, en términos generales, obligado y no obedeció a voluntad alguna de la querellada.

VIII. RAZONES QUE FUNDAMENTA LA DECISION

En el procedimiento administrativo sancionatorio se conocen todos aquellos asuntos mediante los cuales se pone en conocimiento una serie de hechos y pruebas acerca de la posible violación de las normas laborales y de seguridad y salud en el trabajo, de acuerdo con las competencias previstas en el artículo 1 de la Ley 1610 de 2013 y en disposiciones especiales.

Este procedimiento administrativo, en ejercicio de la función coactiva o de policía administrativa, tiene como propósito el ejercicio de la facultad coercitiva que se refiere a la posibilidad de requerir o establecer la responsabilidad de los investigados que pudieron infringir normas laborales o de seguridad y salud en el trabajo por su inobservancia o violación, aplicando en caso de sanción siempre el principio de proporcionalidad y de esta manera retornar a la preservación del orden justo y la convivencia pacífica que deben existir en las relaciones laborales.

La sanción que impone la autoridad competente surge como consecuencia de que la investigada incurrió en una infracción de la ley, la misma que pudo haber sido cometida por desconocimiento o el haber omitido su cumplimiento de los deberes positivos. Siendo ello así, es claro que la sanción se constituye en la reacción ante la infracción, buscando exclusivamente castigar la actuación irregular del infractor.

En este asunto, la sanción se impone considerando que se desconocieron los derechos fundamentales de la señora IVANNIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ como es la oportunidad en el pago de los aportes a seguridad social en los sistemas de pensión, riesgos laborales y caja de compensación familiar para que la misma pudiera tener una atención oportuna y de calidad ante una presunta afectación de su salud, como efectivamente ocurrió, por ello es que existen los mecanismos sancionatorios, medidas persuasivas, para que en el futuro se logren erradicar dichos comportamientos, que en nada dignifican al trabajador colombiano.

La sanción cumplirá en el presente caso una función correctiva de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 1610 de 2013, con el fin de garantizar los fines previstos en la Constitución, la Ley y los Tratados Internacionales que se deben observar en las relaciones laborales.

De acuerdo con lo dicho en los párrafos precedentes y con el análisis de los hechos, pruebas y actuaciones desplegadas en este proceso, encontrando prósperos los cargos imputados según acápites anteriores y reiterando que de los mismos se tendrá en cuenta lo reprochado respecto de la mora presentada en el pago de aportes a seguridad social de IVANNIA CRISTINA DOMINGUEZ GOMEZ en los periodos de enero de 2020 (pagado en el mes de marzo del 2020) y diciembre de 2020 y enero a julio de 2021 (pagados en el mes de septiembre de 2021), la decisión no podrá ser otra que la de imponer la sanción que corresponda a la CLINICA LOS ANDES PASTO S.A. EN LIQUIDACION, sanción que tendrá una finalidad correctiva siendo su objetivo que el querellado, en el ejercicio de su rol como empleador y dentro de las relaciones laborales sostenidas con sus empleados, de estricto cumplimiento a lo ordenado en los artículos 57.4 en concordancia con los artículos 13, 55 y 134.1 del Código Sustantivo del Trabajo; 4º de la Ley 797 del 2003 modificatorio del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 y 22 Ib; 16 y 21 literal a) del Decreto Ley 1295 de 1994 y 7º numeral 4 de la Ley 21 de 1982.

IX. GRADUACION DE LA SANCIÓN.

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 1610 de 2013 se analizarán los criterios de graduación de la presente sanción en los siguientes parámetros:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados. Siendo prósperos los cargos endilgados, es claro que se ha presentado el daño a los intereses jurídicos tutelados, por cuanto se dejó de cumplir con los deberes a cargo del empleador, siendo múltiple la dimensión del incumplimiento de las normas y los derechos laborales, al

incumplir con el pago de aportes a seguridad social en los regímenes ya expuestos en fechas determinadas por el gobierno nacional, atentando con ello el acceso a la seguridad social.

2. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes. Es notorio que la violación de las normas laborales estudiadas se debió a falta de prudencia y diligencia del empleador que llevó a un desconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores en los tópicos tantas veces mencionados, restándole importancia a la obligación de todo empleador emanada de la Constitución Política, de establecer mecanismos aptos para el pago oportuno, cierto y completo de las sumas correspondientes en su totalidad, amparándose en justificaciones que no son de recibo en el ámbito laboral, no por arbitrio de este despacho, sino porque, como lo ha dicho la Corte Constitucional, el respeto a los derechos laborales del trabajador está íntimamente ligado a la protección de valores y principios básicos del ordenamiento jurídico, que velan por la igualdad de los ciudadanos, el ideal de un orden justo, el reconocimiento de la dignidad humana, el mínimo material sobre el cual puede concretarse el libre desarrollo de la personalidad, y se realiza el amparo de la familia como institución básica de la sociedad.

3. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora. Se evidencia que la querellada no desplegó actividades ni conductas constitutivas de resistencia, negativa u obstrucción durante la investigación.

4. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción. Es aceptada de manera expresa la conducta omisiva, pero con argumentos que no son de recibo para este despacho.

En conclusión, y de acuerdo con lo manifestado, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, entre las omisiones y los daños ocasionados con ellas y los criterios que se incluyen tanto a favor como contra la investigada, este Despacho procederá a imponer sanción en contra del investigado consistente en una multa conforme a los parámetros expuestos en artículo 486 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7º de la Ley 1610 de 2013.

En consecuencia, este despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar PRÓSPEROS los cargos elevados contra la CLINICA LOS ANDES PASTO S.A. EN LIQUIDACION, identificada con Nit.: 814003898 - 3 y representada legalmente por GERARDO IVAN BASTIDAS BELTRAN, identificado con la C.C. No. 12.971.912 de Pasto.

ARTÍCULO SEGUNDO: SANCIONAR a la CLINICA LOS ANDES PASTO S.A. EN LIQUIDACION, identificada con Nit.: 814003898 - 3, imponiendo una multa de 410,26 UVT (15 S.M.L.M.V.), equivalente a DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M/Cte. (\$17.400.000,00), que tendrán destinación específica al Fondo para el Fortalecimiento para la Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo y la Seguridad Social, **FIVICOT**, y que deberá ser cancelada una vez se encuentre ejecutoriado el presente acto administrativo.

El pago correspondiente a la multa impuesta, deberá ser consignado únicamente a través del botón banner PUNTO VIRTUAL – Pagos Electrónicos (PSE) del sitio web del BANCO AGRARIO (<https://www.bancoagrario.gov.co/Paginas/default.aspx>), en la Cuenta denominada DTN - OTRAS TASAS MULTAS Y CONTRIBUCIONES NO ESPECIFICADAS ENTIDADES, con número 300700011459 y código de portafolio del Ministerio del Trabajo 377, identificando como concepto de pago el número y año de Resolución que impone la multa y señalando que corresponde al Fondo para el Fortalecimiento de la Inspección, Vigilancia, Control del Trabajo y la Seguridad Social (FIVICOT).

Copia del comprobante de pago deberá remitirse de manera inmediata a su realización, a esta Dirección Territorial al correo electrónico dtnarino@mintrabajo.gov.co y a las

siguientes direcciones de correo electrónico del Grupo de Tesorería del Ministerio del Trabajo, mmosquera@mintrabajo.gov.co y mcgarcia@mintrabajo.gov.co.

PARAGRAFO: Se advierte que en caso de no realizar la consignación de los valores de la multa en el término de quince (15) días hábiles posteriores a la notificación del presente acto administrativo, se cobrarán intereses moratorios a la tasa legalmente prevista, correspondiente la rata del doce por ciento (12%) anual, desde el día en que se hagan exigibles hasta aquel en que se verifique el pago conforme a lo señalado en el Artículo 9 de la Ley 68 de 1923 y se dará inicio a los diferentes procesos de cobro conforme a la Ley”.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR a la CLINICA LOS ANDES PASTO S.A. EN LIQUIDACION, identificada con Nit.: 814003898 - 3 y representada legalmente por GERARDO IVAN BASTIDAS BELTRAN, identificado con la C.C. No. 12.971.912 de Pasto, o quien haga sus veces y a los demás interesados, el contenido de la presente resolución, de acuerdo con lo señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

ARTÍCULO CUARTO: INFORMAR en la diligencia de notificación que contra la presente resolución procede el recurso de reposición y el de apelación de conformidad con el artículo 74 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN CARLOS MORA GUEVARA
Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Grupo PIVC-RC-C