



000823

RESOLUCION

de 2015

(31 JUL 2015)

“por medio de la cual se archivan unas averiguaciones preliminares”

LA COORDINACIÓN DEL GRUPO DE PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SANTANDER DEL MINISTERIO DEL TRABAJO, en uso de sus facultades legales y en especial de las contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Decreto 4108 de 2011, Resolución Ministerial 2143 del 201 la cual deroga los artículos 1º al 7º de la Resolución 00404 del 22 de Marzo de 2012, Ley 1610 de 2013 y demás normas concordantes y con fundamento en los siguientes,

Expediente N° 7368001-0326 / 29 de Septiembre de 2014

HECHOS

La presente investigación se inicia por querrela interpuesta por la señora DIANA PATRICIA ROJAS BAHOS en contra del señor MARIO REYES ANAYA, por presunto despido en estado de embarazo, no pago de salarios y el no pago a la seguridad social integral, la cual fue radicada en este Ministerio con el No. 5870 del 21 de Julio de 2014, así como también teniendo en cuenta el incumplimiento a requerimiento de allegar documentación solicitada por el Coordinador del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites (F.s 1-7).

Teniendo en cuenta lo anterior se comisiono mediante Auto de fecha 29 de Septiembre de 2014 a un Inspector de Trabajo para adelantar la correspondiente averiguación, con el fin de esclarecer los hechos materia de reclamación (F.s 8).

El funcionario comisionado mediante Auto de fecha 14 de Octubre de 2014, avoco conocimiento y decreto práctica de algunas pruebas, dentro de ellas requerimiento de documentos y citación a declaración, enviando las respectivas comunicaciones a las partes (F.s 9 a 11).

La correspondencia enviada a la señora DIANA PATRICIA ROJAS BAHOS a la Calle 62 D. No. 14-38 de Bucaramanga, es devuelta por la oficina de correos con la constancia “NO EXISTE NUMERO” (F. 12).

Teniendo en cuenta que no se dió respuesta al requerimiento hecho al señor MARIO REYES ANAYA / CONSTRUCCIONES RM y/o R.L. OBRA REYENARY, se envía nuevo requerimiento, el cual es devuelto por la oficina de correos con la constancia “NO EXISTE NUMERO” (F.s 13 y 14).

Nuevamente con oficio 7368001-1485 del 14 de Abril de 2015, se envía nuevo requerimiento al señor MARIO REYES ANAYA, a través de la reclamante señora DIANA PATRICIA ROJAS, el cual es igualmente devuelta por la oficina de correos con la constancia dos veces “CERRADO” (F.s 15-21).

Teniendo en cuenta lo anterior se envía nueva solicitud a la señora DIANA PATRICIA ROJAS BAHOS, para que haga allegar la correspondencia al denunciado, pero la misma es devuelta nuevamente con la constancia “No existe Numero” (F.s 23-27).

31 JUL 2015

“por medio de la cual se archivan unas averiguaciones preliminares”

Se envía nuevos requerimientos No.s 7368001-2010 y 7368001-2565 del 20 de mayo y julio 2 de 2015, al señor MARIO REYES ANAYA, los cuales según constancia de trazabilidad del correo 472 no fueron admitidos (F.s 28-32).

Por último y teniendo en cuenta lo anterior se envía comunicación a la reclamante, a fin de solicitarle dirección actualizada del denunciado, siendo devuelto por la oficina de correos con la constancia “No existe Numero” (F.s 33-35).

DE LA QUEJA PRESENTADA

La reclamante señora DIANA PATRICIA ROJAS BAHOS, en su escrito denuncia por presunto despido en estado de embarazo, que está reintegrada pero no le ha cancelado los salarios dejados de percibir, así como tampoco la seguridad social.

DESCRIPCION Y DETERMINACION DE LA CONDUCTA

De las presentes actuaciones, se hacen diferentes requerimientos, tanto al denunciado como a la denunciante, los cuales fueron en su totalidad devueltos por la oficina de correos, con las constancias “No existe Numero”, “Cerrado” “No Existe Número” y “No Admitido”, donde se solicitaba dentro de otros documentos, copia del contrato de trabajo, copia del pago de aportes a la seguridad social integral, copia del pago de prestaciones sociales, motivo del despido y su correspondiente indemnización.

DE LAS CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De la solicitud interpuesta por presuntas violaciones de carácter laboral por parte del señor REYES ANAYA MARIO / CONSTRUCCIONES RM, y de los presuntos derechos laborales de él derivados, pero que una vez llevadas a cabo las averiguaciones preliminares, se hace imposible su continuación, teniendo en cuenta la dificultad presentada para la ubicación de las partes, lo que impide continuar con el trámite administrativo respectivo.

Sin embargo valga tener en cuenta la siguiente normatividad:

Código Sustantivo del Trabajo

“ARTICULO 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.

Artículo 486. Subrogado por el art. 41, Decreto 2351 de 1965, modificado por el art. 20, Ley 584 de 2000, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 97, modificado por el artículo 7 de la Ley 1610 de 2013 que establece:

“Los funcionarios del Ministerio del Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los empleadores, trabajadores y directivos o afiliados a las organizaciones sindicales, para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias y extractos de los mismos, entran sin previo aviso y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa y en toda oficina o reunión sindical, con el mismo fin, y ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos cuando 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

“por medio de la cual se archivan unas averiguaciones preliminares”

legales consignadas en ellas. 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.

2. Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que indique el Gobierno, tendrán el carácter de autoridades de policía para lo relacionado con la vigilancia y control de que trata el numeral anterior y están facultados para imponer cada vez multas equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad vigente. Esta multa se destinará al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.”

Sobre el presunto **despido en estado de embarazo**, es importante resaltar lo establecido en el C.S.T.

ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. Modificado por el art. 35 de la Ley 50 de 1990, Modificado por el art. 2, Ley 1468 de 2011. **El nuevo texto es el siguiente:**

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.

“ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO. Modificado por el art. 8o. del Decreto 13 de 1967. **El nuevo texto es el siguiente:**

1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados.”

En cuanto al no pago de salarios, según Concepto 159449 del 10 de junio de 2008, de este Ministerio establece:

"por medio de la cual se archivan unas averiguaciones preliminares"

...

"El Contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa y diremos que es laboral, cuando además de los elementos esenciales de un contrato, capacidad de las partes para contratar, consentimiento, causa lícita, objeto lícito, se den los elementos de que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice:

"Elementos esenciales.

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos Mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y,

c) Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

...

Así las cosas, si para el desarrollo de una labor, esa persona debe subordinación a otra o al menos, existe el espectro subordinante, su contrato debería ser laboral y no otro, pues podría llegarse a demostrar judicialmente su existencia y entonces, el contratante se denominaría empleador y habría de cancelar los emolumentos propios del contrato de trabajo."

Ahora en cuanto al presunto **no pago de aportes a la seguridad social integral** y de competencia de este despacho, debemos precisar las siguientes consideraciones:

Según Concepto **NÚMERO 354179 DE 2008** del Ministerio de la Protección Social hoy Ministerio del Trabajo establece:

"El numeral 1^o del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 3^o de la Ley 797 de 2003, establece que se considerarán como afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

El artículo 26 del Decreto 806 de 1998 en concordancia con lo establecido en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispone que se considerarán como afiliados obligatorios al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes, entre otras, a las siguientes personas:

a) Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país.

"por medio de la cual se archivan unas averiguaciones preliminares"

En materia de riesgos profesionales, debe indicarse que de conformidad con lo previsto en el literal a) del artículo 13 del Decreto-Ley 1295 de 1994, los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, son considerados como afiliados obligatorios del Sistema de Riesgos Profesionales.

De otra parte y frente a la no afiliación a la seguridad social de los trabajadores, debe señalarse que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, en materia de pensiones, indica que el empleador será responsable del pago de su aporte y el de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El artículo 23 de la ley en comento, señala que los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos pensionados según el caso.

En materia de salud, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, establece como algunos deberes de los empleadores frente a sus trabajadores ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud, los siguientes:

1. Inscribir en alguna EPS a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea esta, verbal o escrita, temporal o permanente (...)
(...)

- a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204;*
- b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio,*
- c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno.*

El párrafo del artículo en comento, determina que los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del libro primero de esta ley. Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente. En riesgos profesionales, debe indicarse que conforme lo estipula el artículo 16 del Decreto-Ley 1295 de 1994, la no afiliación o no pago de aportes del trabajador origina que el empleador deba asumir las contingencias que por dicha circunstancia no asuman las administradoras de riesgos profesionales - ARP.

En este orden de ideas, debe señalarse entonces que el empleador tiene la obligación de afiliar al trabajador a la seguridad social y pagar los aportes a la seguridad social y parafiscales respecto de sus trabajadores y si ello no ocurre, el empleador debe asumir las contingencias que por su conducta omisiva no asumirán las entidades administradoras del Sistema General de Seguridad Social Integral, llámese estas EPS AFP o ARP

Por último teniendo en cuenta la devolución de la correspondencia tanto a la parte denunciante como a la denunciada, según el C.P.A. y de lo C.A., en su artículo 17 establece:

31 JUL 2015

"por medio de la cual se archivan unas averiguaciones preliminares"

"Artículo 17. Peticiones incompletas y desistimiento tácito. En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta pero la actuación puede continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes. A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos comenzará a correr el término para resolver la petición.

Cuando en el curso de una actuación administrativa la autoridad advierta que el peticionario debe realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, lo requerirá por una sola vez para que la efectúe en el término de un (1) mes, lapso durante el cual se suspenderá el término para decidir.

Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual.

Vencidos los términos establecidos en este artículo, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente, contra el cual únicamente procede recurso de reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales."

Por todo lo anterior y para el presente caso, el despacho considera procedente el archivo de las presentes diligencias, no sin antes advertir al representante legal que en caso de nueva queja o de oficio se procederá de acuerdo con lo establecido en el artículo 486 del C.S.T., Ley 1610 de 2013 y demás normas concordantes.

Así mismo se deja en libertad a la señora DIANA PATRICIA ROJAS BAHOS, para que acuda si lo considera conveniente a la Justicia Ordinaria Competente en procura de los derechos que considere han sido violentados por parte del señor REYES ANAYA MARIO y/o Representante Legal de la empresa CONSTRUCCIONES R.M.

En consecuencia, **LA COORDINACIÓN DEL GRUPO DE PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL MINISTERIO DEL TRABAJO EN SANTANDER,**

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ARCHIVAR las presentes diligencias al señor MARIO REYES ANAYA y/o CONSTRUCCIONES RM, por falta de ubicación de su domicilio, así como por el Desistimiento Tácito establecido en el artículo 17 de la Ley 1437 de 2011, y por tanto las diligencias contenidas en el Expediente 7368001-0326 del 29 de Septiembre de 2014, según lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

ARTICULO SEGUNDO: DEJAR EN LIBERTAD a la señora DIANA PATRICIA ROJAS BAHOS, identificada con C.C. No. 1096189139 y domicilio en la Calle 62 D No. 14-38 Floridablanca S., para acudir a la Justicia Ordinaria Competente en procura de los derechos que considere vulnerados por parte de la empresa REYES ANAYA MARIO y/o CONSTRUCCIONES RM.

ARTICULO TERCERO: NOTIFICAR a los jurídicamente interesados el contenido de la presente resolución conforme a lo establecido en el artículo 67 a 69 de la Ley 1437 de 2011, advirtiéndoles que contra la presente proceden los recursos de reposición ante el mismo funcionario que la emitió y en subsidio el de apelación ante el inmediato superior Directora Territorial del Ministerio del Trabajo de Santander, interpuestos con fundamento al momento de la notificación o dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la misma.

“por medio de la cual se archivan unas averiguaciones preliminares”

ARTICULO CUARTO: Teniendo en cuenta la imposibilidad de notificarse de las actuaciones a las partes se sugiere publicar la presente, en la cartelera y la página web del Ministerio de Trabajo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Bucaramanga a los

31 JUL 2015

JAIR PUELLO DIAZ
Coordinador Grupo Prevención, Inspección, Vigilancia y Control

Proyectó: Profilia S.M.
Revisó: J. Puello Díaz.

[Handwritten mark]

