



MINISTERIO DEL TRABAJO
DIRECCION TERRITORIAL CAUCA

Resolución No. 0265 – septiembre 16 de 2022

“POR MEDIO DE LA CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACION PRELIMINAR”

LA SUSCRITA INSPECTORA DE TRABAJO ADSCRITA AL GRUPO PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA, CONTROL, RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS- CONCILIACIÓN DEL MINISTERIO DEL TRABAJO, DIRECCIÓN TERRITORIAL CAUCA, en uso de sus facultades legales, en especial las conferidas en los artículos 17, 485 y 486 del C.S.T, Ley 1444 de 2011, Decreto 4108 de 2011, Ley 1437 de 2011, Ley 1610 de 2013, Resolución 3238 del 03 de noviembre 2021 por la cual se modifica parcialmente la Resolución # 3811 del 03 de septiembre de 2018 – Manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de planta de personal del Ministerio de Trabajo y Resolución # 3455 del 16 de noviembre 2021 por la cual se asignan competencias a las direcciones territoriales y oficinas especiales e inspecciones de Trabajo y se deroga la Resolución # 2143 de 2014, procede a calificar el mérito de la presente averiguación preliminar, con fundamento en los siguientes aspectos:

I. INDIVIDUALIZACIÓN DEL AVERIGUADO:

Se decide en el presente proveído la responsabilidad que le asiste a la persona jurídica DISTRIBUCIONES Y LOGISTICA MARTINEZ SAS identificada con NIT. #901159189-5, representada legalmente por ROBERTO ARNULFO MARTINEZ SALAZAR con cedula de ciudadanía No. 76323689 o por quien haga sus veces, con domicilio para notificación judicial en la carrera 10 8N-82 y correo electrónico rams0275@gmail.com; quien se constituye en la persona jurídica de derecho privado objeto del presente pronunciamiento.

II. ANTECEDENTES DE LA AVERIGUACION PRELIMINAR

Mediante oficio de fecha 10 de octubre de 2019 radicado con el No. 04EE2019721900100002473 (folio 1) ante esta Dirección Territorial, el señor JAVIER VELEZ SUAREZ en calidad de Jefe de Promoción y Control de aportes de la Caja de Compensación Familiar del Cauca – COMFACAUCA, solicitó el inicio de una averiguación preliminar a la entidad DISTRIBUCIONES Y LOGISTICA MARTINEZ SAS por presuntos indicios de realizar actividades de afiliación irregular de trabajadores al Sistema general de seguridad social integral sin el cumplimiento de los requisitos legales (folio 1).

III. ACTUACIONES ADELANTADAS

Por lo anteriormente expuesto y con fundamento en las normas antes citadas, la Coordinación del Grupo Prevención, Inspección, Vigilancia, Control, Resolución de conflictos y Conciliación de la Dirección Territorial Cauca, mediante Auto número 0006 del 2 de enero de 2020 (folio 4), ordenó la apertura de una averiguación preliminar en contra de la persona jurídica DISTRIBUCIONES Y LOGISTICA MARTINEZ SAS identificada con NIT. 901159189-5, lo anterior para verificar el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social integral, (presunta actividad agrupadora) y con el fin de determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la violación, para identificar a los presuntos responsables de la infracción y recabar elementos de juicio que permitan verificar la ocurrencia de la conducta en ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y control en cabeza de este Ministerio. (Folio 4)

El citado auto de apertura de averiguación preliminar fue comunicado al representante legal de la persona jurídica DISTRIBUCIONES Y LOGISTICA MARTINEZ SAS mediante oficio radicado con el

"POR MEDIO DE LA CUAL ARCHIVA UNA AVERIGUACION PRELIMINAR"

número interno 08SE2020721900100000028 de 2020-01-07 (folio 6) remitido mediante guía de correo certificado YG250001707CO de la empresa de mensajería especializada 472 – SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA (folios 5), la cual tiene nota devolutoria con la anotación de «desconocido» y «favor # de apartamento». Al querellante se le comunicó mediante correo electrónico que reposa a folio 7 del expediente, con posterioridad se remite por parte de la Técnico Administrativo de la Territorial Cuca, correo electrónico a la empresa averiguada colocando en conocimiento la apertura de la averiguación preliminar (folio 8).

La suscrita Inspectora de Trabajo encargada de la instrucción mediante Auto número 009 de enero 21 de 2020 (folio 9) avocó la comisión impartida y programó visita de carácter general a la sede de la empresa averiguada, obra en el expediente radicado No. 08SE2020721900100000857 de 2020-03-11 (folio 10) el cual fue remitido mediante guía de correo certificado YG205031541CO de la empresa de mensajería especializada 472 – SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA (folios 11 a 14) la cual tiene nota devolutoria con la anotación de «no reside» «dirección errada» y «falta # de apartamento».

Con el inicio de la emergencia sanitaria decretada por el gobierno nacional ante el COVID19, se remite el radicado No. 08SE2020721900100000948 de 2020-03-17 (folio 15) aplazando la visita de carácter general a empresas y solicitando información documental para incorporarla al expediente, sin embargo, no cuenta con soporte de envío ni de recibido; al haber sido despachada la dirección que registra en el certificado de existencia y representación legal, se tiene por sentado que no pudo ser entregada.

En esta instancia es importante destacar que el MINISTERIO DEL TRABAJO mediante Resolución número 0784 de 2020 del 17 de marzo de 2020, resolvió: «(...) **suspender términos procesales en todos los trámites, actuaciones y procedimientos** de competencia del Viceministerio de Relaciones Laborales e Inspección, las Direcciones de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial, de Riesgos Laborales, de la Oficina de Control Interno Disciplinario, de las Direcciones Territoriales, Oficinas Especiales e Inspecciones del Trabajo y Seguridad Social de este Ministerio, **tales como averiguaciones preliminares, quejas disciplinarias, procedimientos administrativos sancionatorios y sus recursos, solicitudes de tribunales de arbitramento, trámites que se adelanten por el procedimiento administrativo general y demás actuaciones administrativas** y que requieran el cómputo de términos en las diferentes dependencias de este Ministerio. Esta medida implica la interrupción de los términos de caducidad y prescripción de los diferentes procesos que adelanta el Ministerio del Trabajo (...))», (negrilla y subrayado propias); lo anterior en consideración que el día 11 de marzo del año 2020, la Organización Mundial de la Salud - OMS declaró la enfermedad causada por el virus coronavirus COVID-19 como pandemia mundial y que por su parte el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional por causa del coronavirus COVID-19, y se adoptaron medidas para hacer frente al virus. Adicionalmente es menester indicar que posteriormente con Resolución Número 1590 de 2020 del 8 de septiembre de 2020 proferida por El Ministro del Trabajo, señaló: «Artículo 1. **Levantamiento suspensión de términos.** Levantar la suspensión de términos para todos los trámites administrativos, y disciplinarios, ordenada mediante la Resolución 0784 del 17 de marzo de 2020, modificada por la Resolución 0876 del 1o de abril de 2020.

PARÁGRAFO: El conteo de los términos que se encontraban suspendidos desde el 17 de marzo de 2020, incluyendo los de caducidad, prescripción y firmeza de los actos administrativos de los tramites no incluidos en la Resolución 1294 del 14 de julio de 2020, se reanudarán a partir del día hábil siguiente de la publicación de la presente resolución.», por lo que los términos legales de las actuaciones del Ministerio del Trabajo comenzaron a contarse nuevamente a partir del 10 de septiembre de 2020, encontrándose dentro del término legal para decidir.

En el marco del plan de protección del trabajo decente promoción de la legalidad laboral y descongestión se remitió invitación a participar de la jornada a realizarse el 5 de noviembre en el Paraninfo Francisco José de Caldas de la ciudad de Popayán, invitación que se hizo con radicado No. 08SE2021721900100005041 de 2021-11-02 (folio 16), despachada por correo electrónico certificado

“POR MEDIO DE LA CUAL ARCHIVA UNA AVERIGUACION PRELIMINAR”

de la red postal 472 mediante certificado E59730555-S (folio 17) sin comprobante de acceso a contenido.

Ante la ausencia de acervo probatorio en el expediente y la imposibilidad de llevar a cabo la visita administrativa e inspección ocular a la empresa averiguada, mediante oficio con radicado No. 08SE2021721900100005496 de 2021-11-30 (folio 18), el cual fue remitido mediante correo electrónico según identificador del certificado número E62586916-S (folio 19) de la red postal 472 y con comprobante de acceso a contenido No. E62622590-R (folio 20), en esta comunicación se requirió mayor información al señor JAVIER VELEZ SUAREZ en calidad de jefe de Promoción y Control de aportes de la Caja de Compensación Familiar del Cauca – COMFACAUCA; de igual manera le informó que una vez adelantadas las comunicaciones y demás requerimientos, no fue posible obtener respuesta ni mucho menor material probatorio por parte de la entidad objeto de averiguación; una vez conocido el requerimiento, la funcionaria DIANA CAROLINA HURTADO en calidad de Jefe promoción y Control (E) remite el 01 de diciembre de 2021 respuesta radicada con numero 05EE2022721900100003754 de 2021-12-09 (folio 21) indicando que «*de acuerdo a la revisión de ubicación y contacto en nuestra base de datos y Cámara de Comercio del Cauca la empresa se encuentra registrada con la siguiente información: (...) Dirección: Cra 10 8N 82, sin número de apartamento (...)*».

Finalmente, en junio 23 de 2022 se remitió el radicado No. 08SE2022721900100002319 (folio 22) en los siguientes términos: «*Me permito indicar a Ustedes que se recibió comunicación emanada de la oficina de promoción y control de aportes la cual fue radicada bajo el No. 05EE2021721900100003754, en la cual se me informó que el aportante DISTRIBUCIONES Y LOGISTICA MARTÍNEZ con NIT 901159189, se encuentra expulsada por el consejo directivo de Comfacauca según acta No. 893 de Julio de 2021; por lo cual, actuando dentro de mis competencias, muy comedidamente me permito solicitar a ustedes se sirvan aclarar si desde la fecha indicada la empresa DISTRIBUCIONES Y LOGISTICA MARTÍNEZ, dejó de estar vinculada a la entidad y si desde entonces o en fecha previa, dejó de realizar la presunta conducta de entidad agrupadora.*

Lo anterior es indispensable para dar trámite a la queja inicialmente expuesta, toda vez que, con la información suministrada en esta, no fue posible determinar la existencia o no de la conducta.» en respuesta a la solicitud elevada, el señor JAVIER VELEZ SUÁREZ indicó mediante correo electrónico de fecha 23/06/2022 radicado bajo el No. 05EE2022721900100001758 (folio 23) señaló que: «(i) La empresa se encuentra inactiva - expulsada por el Consejo Directivo de la Caja - en Acta 893 de julio 2021. (ii) La empresa maneja indicios de realizar un comportamiento de agrupadora, ofreciendo servicios de pago de Seguridad Social y Parafiscales de Trabajadores independientes, que los registró a la Caja en calidad de trabajadores dependientes. (iii) El último pago lo realizó por el periodo diciembre 2020. (iv) Su estado actual en inactivo - expulsado.»

IV. PRUEBAS ALLEGADAS A LA ACTUACIÓN:

PRUEBAS DOCUMENTALES: Obran en el expediente las siguientes:

Pruebas Aportadas por el Ministerio del Trabajo, Dirección Territorial Cauca:

- Oficio con radicado No. 04EE2019721900100002473 de 2019-10-18 (folio 1)
- Certificado de Cámara de Comercio. (folio 2 y 3)
- Auto No. 0006 del 2 de enero de 2020. (folio 4)
- Comunicación para el averiguado con radicado No. 08SE2020721900100000028 de 2020-01-07 (folio 6)
- Guía de correo certificado YG250001707CO de la empresa de mensajería especializada 472 – SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA (folios 5).
- Correo electrónico al querellante (folio 7)
- Correo electrónico al averiguado (folio 8)
- Auto número 009 de enero 21 de 2020 (folio 9)
- Comunicación para el averiguado con radicado No. 08SE2020721900100000857 de 2020-03-11 (folio 10)

“POR MEDIO DE LA CUAL ARCHIVA UNA AVERIGUACION PRELIMINAR”

- Guía YG205031541CO de la empresa de mensajería especializada 472 (folios 11 a 14)
- Radicado No. 08SE2020721900100000948 de 2020-03-17 (folio 15)
- Invitación con radicado No. 08SE2021721900100005041 de 2021-11-02 (folio 16)
- Certificado de correo electrónico certificado de la red postal 472 No. E59730555-S (folio 17)
- Radicado No. 08SE20217219001000005496 de 2021-11-30 (folio 18)
- Correo electrónico certificado por la red postal 472 con certificado número E62586916-S (folio 19)
- comprobante de acceso a contenido certificado por la red postal 472 con No. E62622590-R (folio 20),
- Radicado No. 08SE2022721900100002319 de 2022-06-23 (folio 22)

Pruebas aportadas por el querellante:

- Radicado con numero 05EE2022721900100003754 de 2021-12-09 (folio 21)
- Radicado con numero 05EE2022721900100003754 de 2021-12-09 (folio 21)

Pruebas aportadas por el Averiguado:

- Ninguna

V. COMPETENCIA PARA RESOLVER EL ASUNTO

La Suscrita Inspectora de Trabajo adscrita al Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia, Control, Resolución de Conflictos, Conciliación del Ministerio del Trabajo, Dirección Territorial Cauca, en desarrollo de las atribuciones conferidas en los artículos 17, 485 y 486 del C.S.T, Ley 1444 de 2011, Decreto 4108 de 2011, Ley 1437 de 2011, Ley 1610 de 2013, Resolución 3238 del 03 de noviembre 2021 por la cual se modifica parcialmente la Resolución # 3811 del 03 de septiembre de 2018 – Manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de planta de personal del Ministerio de Trabajo y Resolución # 3455 del 16 de noviembre 2021 por la cual se asignan competencias a las direcciones territoriales y oficinas especiales e inspecciones de Trabajo y se deroga la resolución # 2143 de 2014, es competente para pronunciarse en el presente asunto.

Adicionalmente dentro de las funciones de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social se encuentra la establecida en el artículo 3, numeral 2 de la Ley 1610 de 2013, que consagra la función coactiva o de policía administrativa, estableciendo que, como autoridades de policía del trabajo, la facultad coercitiva se refiere a la posibilidad de requerir o sancionar los responsables de la inobservancia o violación de una norma del trabajo, aplicando siempre el principio de proporcionalidad.

Por lo anterior, las averiguaciones administrativas laborales, tienen como objeto establecer el cumplimiento de las normas de derecho individual del trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo de los trabajadores oficiales y de los particulares, a través de un procedimiento reglado de forma general por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la Ley 1610 de 2013; en ese orden de ideas el Ministerio del Trabajo, es competente para velar por el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social de los trabajadores particulares.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Corresponde al Ministerio del Trabajo ejercer la inspección, vigilancia y control en cuanto al cumplimiento por parte de los empleadores de las normas laborales, al respecto mencionamos el artículo 486 ATRIBUCIONES Y SANCIONES, numeral modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000, que establece:

“Los funcionarios del Ministerio del Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los empleadores, para exigirles las informaciones pertinentes a su misión,

“POR MEDIO DE LA CUAL ARCHIVA UNA AVERIGUACION PRELIMINAR”

la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos. Así mismo, podrán entrar sin previo aviso, y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa con el mismo fin y ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos como lo crean conveniente para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consignadas en ellos. Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores. (...).” (comillas y cursiva fuera del texto original).

El carácter de fundamental que da la Constitución Política de Colombia al derecho al trabajo hace que la misma proscriba toda forma de discriminación, garantice la estabilidad de los trabajadores en el empleo, fije una asignación salarial mínima, estipule una jornada máxima por ley, garantice la seguridad social integral, determine la irrenunciabilidad de los beneficios establecidos en la legislación laboral en favor del trabajador y posibilite la conciliación solo de aquellos derechos con carácter incierto y discutible.

Como autoridad administrativa el Ministerio tiene dentro de sus facultades ejercer inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones laborales y de las garantías mínimas que establecen la Constitución Nacional, la Ley y los tratados internacionales en especial los suscritos con la OIT; En ejercicio de la función coactiva y de policía administrativa, los Inspectores de Trabajo están facultados para realizar investigaciones administrativas de oficio o a petición de parte, en contra de personas naturales o jurídicas, a través del proceso sancionatorio consagrado en los artículos 47 y siguientes del Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Frente al caso que ocupa al despacho, por la presunta conducta de la averiguada y según lo expuesto en el escrito de queja, va en contravía de lo establecido en el artículo 2 y 5 del decreto 3033 de 2013 que señalan:

«ARTÍCULO 2o. CONTROL A LA ADECUADA, COMPLETA Y OPORTUNA LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL POR PARTE DE LA UGPP. <Artículo compilado en el artículo 2.12.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1 del mismo Decreto 1068 de 2015> La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) efectuará las labores de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social, en los casos de omisión, inexactitud y mora por acción preferente.

Cuando la UGPP adelante un proceso de determinación de obligaciones parafiscales y detecte omisión, inexactitud y mora en el pago de los aportes al Sistema de la Protección Social, la Unidad asumirá la gestión integral de determinación y cobro de los valores adeudados al sistema.

PARÁGRAFO. Los procesos de determinación y cobro en materia de inexactitud iniciados por el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), y demás administradoras de naturaleza pública con anterioridad a la fecha de expedición de la Ley 1607 de 2012, deberán ser culminados por dichas entidades, sin perjuicio de las competencias que sobre esta materia ostenta la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).»

“POR MEDIO DE LA CUAL ARCHIVA UNA AVERIGUACION PRELIMINAR”

«ARTÍCULO 3o. CONTROL A LA ADECUADA, COMPLETA Y OPORTUNA LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL POR PARTE DE LAS ADMINISTRADORAS. <Artículo compilado en el artículo 2.12.1.3 del Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1 del mismo Decreto 1068 de 2015> Las entidades administradoras del Sistema de la Protección Social deberán verificar la exactitud y consistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación de aportes de las contribuciones que estas entidades administran, para lo cual solicitarán de los aportantes, afiliados o beneficiarios las explicaciones y correcciones sobre las inconsistencias detectadas.

Si realizadas estas acciones los aportantes no corrigen las inconsistencias detectadas, informarán de este hecho a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para que conforme con sus competencias, políticas, estrategias y procedimientos adelante las acciones a que hubiere lugar.»

Señaló en la solicitud planteada por el querellante, que la averiguada presentaba “inconsistencias en la inscripción al régimen de subsidio familiar, ya que presenta **indicios** de realizar la actividad agrupadora, gestionando el pago de seguridad social y de parafiscales de trabajadores independientes, pero tramitando la cotización en calidad de empresa con trabajadores dependientes” (negrilla fuera de texto original); incluye en su queja “el cumplimiento de lo establecido en los artículos 7 y 17 de la Ley 21 de 1982”, la cual versa sobre la obligatoriedad en el pago de los aportes subsidio familiar. Ahora bien, es importante anotar que las cajas de compensación familiar, en cumplimiento de su objeto social, recaudan y pagan el subsidio familiar como un beneficio pagadero bien sea en dinero, especie y servicios a favor de los trabajadores afiliados, quienes por reunir los requisitos legales tienen derecho a esta prestación social. De esta manera, la gestión de las cajas de compensación familiar depende en gran medida del recaudo de los aportes a cancelar por parte de los empleadores, con el objeto de cumplir con la función de compensar a los trabajadores colombianos de menores ingresos.

La Honorable Corte Constitucional, en su sentencia C-655 de 2003, se pronunció de manera extensa sobre lo relacionado con el concepto de seguridad social, definiendo su fundamento doctrinal y constitucional, y la naturaleza jurídica de sus recursos, estableciendo lo siguiente:

«6.3. En atención a las características citadas, no duda la Corte en calificar los recursos de la seguridad social como rentas parafiscales, pues en verdad éstos comportan contribuciones obligatorias de naturaleza pública, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que no ingresan al presupuesto nacional, que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población, y que deben ser utilizadas para financiar globalmente los servicios que se prestan y para ampliar su cobertura. De hecho, el Sistema de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 y en otras disposiciones complementarias, se ocupó de regular todos los elementos que definen una renta parafiscal, señalando quienes son los destinatarios de los servicios de la seguridad social, cuales sus beneficiarios, las prestaciones económicas, de salud y de servicios complementarios que se ofrecen, y principalmente, identificando la fuente de los recursos que se destinan para obtener las finalidades propuestas.»

De esta manera, la Corte estableció que los recursos de la seguridad social son rentas parafiscales, reiterando lo ya establecido en sus sentencias C-711/2000 y C-041/06, determinando este tipo de rentas como de naturaleza atípica, y considerando su específica destinación sectorial, toda vez que han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socioeconómico - los empleadores- pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores. En consecuencia, no entran a formar parte del presupuesto general de la nación. De esta manera, se ha definido que los aportes con destino al subsidio familiar son de naturaleza pública y le pertenecen al Sistema de la Protección Social, por tanto gozan de protección especial por parte del Estado, lo que significa que las

“POR MEDIO DE LA CUAL ARCHIVA UNA AVERIGUACION PRELIMINAR”

administradoras de éstos, es decir, las cajas de compensación familiar deben adelantar todas las acciones encaminadas a gestionar adecuadamente el pago de los mismos, y sancionar de manera ejemplar a aquellos empleadores que retrasen o se abstengan de efectuar su pago. Es así, como la consecuencia de incurrir en mora del pago de aportes, es la desafiliación, y adicionalmente ese empleador, no podrá ser aceptado por otra caja de compensación familiar, hasta tanto no haya realizado el pago total de los aportes adeudados.

Como autoridad administrativa el Ministerio tiene dentro de sus facultades ejercer inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones laborales y de las garantías mínimas que establecen la Constitución Nacional, la Ley y los tratados internacionales en especial los suscritos con la OIT; En ejercicio de la función coactiva y de policía administrativa, los Inspectores de Trabajo están facultados para realizar investigaciones administrativas de oficio o a petición de parte, en contra de personas naturales o jurídicas, a través del proceso sancionatorio consagrado en los artículos 47 y siguientes del Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La norma referida señala de manera expresa que las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria pueden iniciarse de dos formas, de oficio o por solicitud de cualquier persona; a renglón seguido consagra que “Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio. así lo comunicará al interesado”, no obstante, se tiene claro cuáles son las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente violadas y las sanciones o medidas que serían procedentes para formular cargos mediante acto administrativo motivado por el operador administrativo.

También se observa de lo referido por la norma, que el inicio formal del proceso lo constituye el acto administrativo de formulación de cargos, pues la averiguación es solo una mera actuación administrativa, que puede consistir en comunicaciones, oficios, escritos y cualquier otra forma de manifestación administrativa.

Se puede concluir entonces que las averiguaciones preliminares, constituyen una etapa preliminar al inicio del proceso administrativo sancionatorio y que son de carácter facultativo, en atención a ello, son simples manifestaciones de la administración, tendientes a verificar la existencia de los elementos para iniciar el proceso sancionatorio.

El asunto bajo estudio obedece a la presunta actividad de agrupadora de la empresa DISTRIBUCIONES Y LOGISTICA MARTINEZ SAS identificada con NIT. 901159189-5, de la cual se tiene datos claros de ubicación que permitan realizar las acciones tendientes a determinar la existencia de una falta por parte de aquella, adicionalmente en las respuestas a las solicitudes elevadas a la Caja de compensación Familiar, no se dejó en evidencia incumplimiento en el pago, por el contrario en el correo electrónico de fecha 23/06/2022 radicado bajo el No. 05EE2022721900100001758 (folio 23) señaló que: «(i) La empresa se encuentra inactiva - expulsada por el Consejo Directivo de la Caja - en Acta 893 de julio 2021. (ii) La empresa manejó indicios de realizar un comportamiento de agrupadora, ofreciendo servicios de pago de Seguridad Social y Parafiscales de Trabajadores independientes, que los registró a la Caja en calidad de trabajadores dependientes. (iii) **El último pago lo realizó por el periodo diciembre 2020.** (iv) Su estado actual en inactivo - expulsado.» (negrilla del despacho) teniendo como fecha de expulsión el mes de Julio de 2021.

Al respecto es importante anotar que un indicio puede generar presunciones en el ámbito jurídico las cuales son de dos tipos: las presunciones legales y las presunciones simples o judiciales también llamadas presunciones de hombre¹. Dentro de las presunciones legales, se distinguen las presunciones *iuris tantum* - que admiten prueba en contrario - y las presunciones *iuris et de iure* - que

¹ Sentencia C-731 de 2005 Corte Constitucional

“POR MEDIO DE LA CUAL ARCHIVA UNA AVERIGUACION PRELIMINAR”

no admiten prueba en contrario. En este orden de cosas, se hace necesario traer a colación lo establecido en el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil establece que "*las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.*" (Subraya fuera de texto).

La doctrina ha discutido ampliamente si los indicios y las presunciones son o no medio de prueba. Quienes parten de la idea de acuerdo con la cual las presunciones son medios de prueba, las asimilan a los indicios. Dentro de los que aceptan esta posibilidad, hay quienes la admiten dependiendo del tipo de presunción que se trate. Algunos consideran que solo las presunciones judiciales son medio de prueba. Otros reconocen valor probatorio sólo a las presunciones legales y hay también quienes consideran que solo las presunciones *iure et de iure* tienen valor probatorio. En realidad, cuando se analiza bien cuál es el propósito de las presunciones es factible llegar a la conclusión que las presunciones no son medio de prueba, sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba, pero sí tienen que ver con la verdad procesal. El indicio como es “el fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”², El artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no tiene restricción alguna a los medios de prueba, simplemente señala que son admisibles todos los establecidos en la ley; respecto del indicio, ante la ausencia de normatividad en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se habrá de acudir como lo autoriza el artículo 145 ibidem, a lo dispuesto en el Código General del Proceso sobre la prueba indiciaria, que en sus artículos 240 a 242 establece que para que un hecho pueda considerarse como indicio, debe estar debidamente probado en el proceso, que de la conducta de las partes el juez puede deducir indicios, y que para apreciar los mismos, el fallador debe apreciar las pruebas en conjunto, en consideración a “su gravedad”, concordancia y convergencia, y su “relación con las demás pruebas del proceso”³.

Tal como se había mencionado, aplicando por analogía frente al indicio y la presunción, se tiene que la segunda exime a quien la alega, de la actividad probatoria. Basta con caer en el supuesto del hecho indicador establecido por la norma para que opere la presunción. En el caso de las presunciones *iuris tantum*, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser mostrado. Se puede, sin embargo, desvirtuar el hecho indicador. Se admite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción. Cuando se trata de una presunción *iuris et de iure* o presunción de derecho, por el contrario, no existe la posibilidad de desvirtuar el hecho indicador a partir del cual se construye la presunción. La presunción de derecho sencillamente no admite prueba en contrario. Sin embargo, frente al caso que nos ocupa, se tiene que el querellante manifiesta que el averiguado incurrió en una conducta presuntamente contraria a derecho, sin embargo en la instancia de la presente averiguación preliminar los hechos que dieron origen a la queja no se encuentran debidamente probados, por lo cual emitir un juicio de valor respecto las características propias de la querrela, haría incurrir al Inspector de Trabajo en una conducta contraria a las facultades conferidas por la Ley y se enfrentaría a una declaratoria de derechos frente a una conducta no probada.

Dado el alcance y la seriedad de las consecuencias que se derivan de la procedencia de las presunciones fácticas y en especial de aquellas que no admiten prueba en contrario, se exige que sean diseñadas de acuerdo con una serie de requisitos dentro de los cuales se pueden enumerar los siguientes. (i) Precisión: el hecho indicador que sirve de fundamento a la presunción debe estar acreditado de manera plena y completa y debe resultar revelador del hecho desconocido que se pretende demostrar. (ii) Seriedad: debe existir un nexo entre el hecho indicador y la consecuencia que se extrae a partir de su existencia, un nexo tal que haga posible considerar a esta última en un orden lógico como extremadamente probable. (iii) Concordancia: todos los hechos conocidos deben conducir

² Diccionario de la lengua española

³ Radicación 152383105001201500051 01 - Tribunal Superior del Distrito Judicial Santa Rosa de Viterbo Sala Única

“POR MEDIO DE LA CUAL ARCHIVA UNA AVERIGUACION PRELIMINAR”

a la misma conclusión. Adicionalmente se debe establecer que, en materia de presunción, para que opere desde esta perspectiva fáctica es que un hecho se ordena tener por establecido siempre y cuando se dé la existencia de otro hecho o de circunstancias indicadoras del primero, cuya existencia haya sido comprobada de manera suficiente. Desde el punto de vista fáctico, las presunciones están conectadas, entonces, con la posibilidad de derivar a partir de un hecho conocido una serie de consecuencias que se dan como ciertas o probables ya sea porque la operación o el acto de presumir se sustenta en máximas generales de experiencia o porque se funda en reglas técnicas. Así las cosas, la actividad desplegada tanto por este despacho, como las adelantadas por el querellante, no dan certeza de que efectivamente la conducta en la que presuntamente ha incurrido el averiguado estén por probadas, tanto es así como la Caja de Compensación Familiar del Cauca, actuando dentro de su competencia y potestad verificadora de las afiliaciones de sus aportantes, decretó la expulsión de la averiguada, sin arrojar al despacho detalles de tal hecho.

Es preciso, además, no perder de vista lo siguiente: el legislador en desarrollo de su facultad de realizar de la manera más amplia los preceptos constitucionales puede establecer presunciones - sea con una base valorativa o con una base fáctica o con fundamento en una combinación de estos dos aspectos; sea presunciones *iuris tantum*, o presunciones *iuris et de iure*. La libertad de configuración del legislador, sin embargo, no es ilimitada; debe ajustarse a lo dispuesto en los preceptos constitucionales y ha de acomodarse sobre todo a aquellos preceptos constitucionales que contienen las fronteras dentro de las cuales se hace factible la efectiva garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, a los Inspectores de Trabajo, nos está vedado emitir juicios de valor que invadan la órbita de la jurisdicción ordinaria laboral y nuestra potestad sancionadora se fundamenta en la observancia de las conductas debidamente probadas, hecho que para el caso en comento no fue posible determinar, debido a las características de la querrela interpuesta y a lo ya expuesto. Aunado a lo anterior, el querellante indicó que el averiguado había realizado el pago de aportes hasta diciembre de 2020 (folio 23), lo cual arroja al despacho una certeza del cumplimiento de sus obligaciones, desconociendo el trasfondo de la culminación de la realización de sus aportes.

Así mismo es importante anotar que los derechos fundamentales pueden verse vulnerados con el diseño legislativo de presunciones respecto a cómo deben ser probados, salvo la presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario. Por ello frente a la querrela interpuesta ante el despacho se encuentra frente a un indicio de una conducta, lo cual significa una exigencia ineludible realizar un juicio de proporcionalidad para verificar hasta qué punto elevar una valoración o un hecho o una síntesis de ambos a la categoría de presunción - sea *iuris tantum* o *iuris et de iure* -, restringe o puede llegar a restringir de manera desproporcionada un derecho fundamental. No basta con que se exponga la existencia de una presunción o de un indicio, sino que deben existir elementos lógicos, fácticos y valorativos suficientes que permitan hacer compatible la configuración de presunciones con la justicia, con el debido proceso y con la eficacia.

Por las consideraciones anotadas y en vista a que el indicio expuesto no pudo ser probado en la averiguación preliminar, la suscrita Inspectora de Trabajo y Seguridad Social adscrita al Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia, Control, Resolución de Conflictos – Conciliación, no encuentra mérito para adelantar procedimiento administrativo sancionatorio en los términos del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 1610 de 2013, en consecuencia, se dispondrá el archivo de la actuación.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: **ORDENAR el ARCHIVO** de la averiguación preliminar comisionada mediante Auto No. 00006 del 2 de enero de 2020, adelantada en contra de la persona jurídica DISTRIBUCIONES Y LOGISTICA MARTINEZ SAS identificada con NIT. # 901159189-5, representada legalmente por ROBERTO ARNULFO MARTINEZ SALAZAR con cedula de ciudadanía No. 76323689 o por quien haga sus veces, con

“POR MEDIO DE LA CUAL ARCHIVA UNA AVERIGUACION PRELIMINAR”

domicilio para notificación judicial en la carrera 10 8N-82 y correo electrónico rams0275@gmail.com, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: **NOTIFICAR AL AVERIGUADO:** por medio del representante legal de la empresa investigada persona jurídica DISTRIBUCIONES Y LOGISTICA MARTINEZ SAS identificada con NIT. 901159189-5, representada legalmente por ROBERTO ARNULFO MARTINEZ SALAZAR con cedula de ciudadanía No. 76323689 o por quien haga sus veces, con domicilio para notificación judicial en la carrera 10 8N-82 y correo electrónico rams0275@gmail.com, de acuerdo con lo señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) **AL TERCERO INTERESADO** a la dirección de correo electrónico registrado en la queja jefepromocion@comfacauca.com .

ARTÍCULO TERCERO: **INFORMAR** a las partes interesadas, que contra la presente resolución proceden los recursos de reposición ante este despacho y de apelación ante superior jerárquico director territorial, interpuestos por escrito en la diligencia de notificación personal o dentro de los diez (10) días siguientes a ella o a la notificación por aviso.

ARTÍCULO CUARTO: Cumplido lo anterior ARCHIVASE la presente averiguación preliminar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MILENA TRUJILLO POTOSÍ

Inspectora de Trabajo y Seguridad Social

Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia, Control, Resolución de Conflictos – Conciliación

Proyectó: Milena T.
Revisó: Carmen Elena R.
Aprobó: Milena T.