



Libertad y Orden

MINISTERIO DEL TRABAJO

RESOLUCION No. (0 0 4 2 9 8 2 2 OCT 2019

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

La Coordinadora del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial de Bogotá, en uso de sus facultades legales y en especial las establecidas en la Constitución Política de Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo, Decreto 4108 de 2011, Resolución 2143 de 2014, Resolución 3811 del 2018, Ley 1437 de 2011, Ley 1610 de 2013, las demás normas concordantes y

CONSIDERANDO

1. INDIVIDUALIZACION DEL INVESTIGADO

Este Ministerio como garante del cumplimiento de las normas laborales, procede a emitir el presente acto administrativo de primera instancia como resultado del Procedimiento Administrativo Sancionatorio adelantado contra la empresa **ESPECIALES 3E S.A.S S.A.S**, NIT 830086610-3, en adelante investigada, representada legalmente por el Sr. RUIZ GARCIA ALIRIO HERNAN identificado con la C.C. No. 79150858 y/o quien haga sus veces, con domicilio en la Carrera 20 No 63 A 53 Bogotá.

2. ANTECEDENTES

2.1. Mediante radicado No. 39733 del 21 de julio de 2017, la Dra. LINA MARIA MARGARITA HUARI MATEUS Superintendente Delegada de tránsito y Transporte, realizó traslado del Radicado No. 20178200697121 del 05 de julio de 2017, al Ministerio de Trabajo, mediante el cual solicita la intervención en la empresa **ESPECIALES 3E S.A.S** teniendo en cuenta el hallazgo encontrado en la inspección realizada el 23 de febrero de 2017 a la empresa. En el traslado se informa que:

"(...) la empresa no tiene contratos y afiliados al sistema de Seguridad Social a los conductores que operan el parque Automotor vinculado (...)

La empresa vigilada manifiesta al respecto que ellos no realizan pago de la seguridad social de los conductores de los vehículos vinculados, puesto que estos lo realizan de manera independiente; sin embargo, aportan planilla de aportes a la ARL SURA; No. 32697622 con fecha de pago del 03 de febrero del 2017, correspondiente al periodo 2017-02, con cincuenta (50) afiliados; al respecto de esta planilla el representante legal manifiesta a los comisionados que estos aportes son pagados por las mismas personas que figuran en dicha planilla; pese a esto, las comisionadas realizan cruce de información entre la relación de conductores aportada (55 conductores) y los afiliados registrados en la planilla mencionada (50 afiliados); de lo cual la comisión observa que solo veintinueve (29) conductores de los cincuenta y cinco (55) relacionados por la empresa figuran en la planilla de ARL. (...)

*Por lo tanto se presume que a la fecha de la visita de Inspección de la empresa **ESPECIALES 3E S.A.S S.A.S**, no está cumpliendo lo establecido en el Art. 34 de la ley 336 de 1996, el cual prevé:*

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

"las empresas de transporte Público están obligadas a vigilar y constatar que los conductores de sus equipos cuenten con la licencia de conducción vigente y apropiada para el servicio, así como su afiliación al sistema de seguridad social según lo prevean las disposiciones legales vigentes sobre la materia (...).

Las profesionales solicitan copia del contrato de vinculación y prestación de servicio del conductor Isaac Rubio Pardo en el cual se evidencia suscripción entre la empresa ESPECIALES 3E S.A.S y el propietario del vehículo CAMILO BLANCO CHAPARRO y a su vez en el numeral 3 de la cláusula tercera se establece "(...) entendiéndose que entre 3E S.A.S y las personas que el propietario designe, no existirá ningún tipo de relación laboral ni dependencia (...)

Así las cosas, se infiere que la empresa vigilada tampoco está cumpliendo con lo establecido en el Art 36 de la Ley 336 de 1996 el cual prevé: "Los conductores de los equipos destinados al Servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo (...)

Expuesto lo anterior es pertinente indicar que, por los objetivos relacionados a las actividades que desarrolla el conductor de un vehículo destinado a dicho servicio; resulta necesaria la realización de un vínculo laboral directo con la empresa de transporte, condición que encuentra sustento en la normatividad laboral nacional (Código Sustantivo del trabajo) Derecho Nacional de Transporte (Ley 336 de 1996) jurisprudencia de la Corte Constitucional y conceptos emitidos por el Ministerio de Transporte; dado el caso presentado para el conductor Isaac Rubio Pardo, que se infiere ser el mismo para los demás conductores; se tiene que esta es una medida adoptada por la empresa vigilada contradictoria a todo lo establecido en la normatividad laboral, por tal razón, se presume que la empresa ESPECIALES 3E S.A.S no cumple con lo establecido en los artículos 34 y 36 de la Ley 336 de 1996 (...)"

2.2. El 30 de agosto de 2017, mediante Auto No. 02763, se comisiono a la Dra. SANDRA PATRICIA YAMILE PEÑA, Inspectora 35 de Trabajo y de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, para adelantar la Averiguación Preliminar conforme a los lineamientos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 del 2011 y Ley 1610 de 2013. (FI 12)

2.3. El 09 de septiembre de 2017 mediante comunicación radicado No. 08SE2017731100000002722, la Dra. SANDRA PATRICIA YAMILE PEÑA comunico a la empresa ESPECIALES 3E S.A.S la investigación que se adelanta y requirió lo siguiente (FI 16):

- 1. Sírvase manifestar al Despacho el porqué de la queja instaurada por la Superintendencia de Puertos y Transportes con radicado No. 39733 del 21 de julio de 2017 del cual se anexa copia.*
- 2. Informe al Despacho que trabajadores tienen la camioneta vinculada a la entidad."*

2.4. El 29 de septiembre del 2017 mediante radicado No.11EE2017731100000008202, la empresa ESPECIALES 3E S.A.S dio respuesta al requerimiento, Radicado No. 08SE2017731100000002722 del 09 de septiembre de 2017; donde solicita ser exonerada de sanción y aporta los siguientes documentos, (Fol. 17 al 379):

- a) Copia de los contratos de vinculación de flota por afiliación, suscritos con los dueños de los vehículos. (fol. 22 al 196)
- b) Copia de los contratos de prestación de servicios suscritos con los conductores y propietarios de los vehículos vinculados a la empresa. (Fol. 197 al 292)
- c) Soportes de afiliación y pago a la seguridad social y a la ARL de los conductores y propietarios de los vehículos vinculados a la empresa. (Fol. 293 al 379)

22 OCT 2019

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

En la referida respuesta la empresa manifestó:

"(...) La empresa ejerce la vigilancia y control de la afiliación al sistema de seguridad social de todos y cada uno de los conductores que a su vez son los propietarios de los vehículos vinculados a nuestra empresa.

Así mismo y dando cumplimiento al Decreto 0723 de 2013, hemos venido efectuando los aportes a la ARL SURA para aquellos contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios clasificados en riesgo IV

*Es importante destacar que la empresa ESPECIALES 3E S.A.S actualmente **no tiene empleados de planta**. Por cuanto es atendida por los socios, quienes son todos pensionados. Las labores contables, de sistemas y legales son contratadas por outsourcing. (...)"* negrillas fuera de texto.

De igual forma la empresa Investigada refiere que el Art 36 de la Ley 336 de 1996 fue modificado por el Decreto 266 de febrero 22 del año 2000 mediante el Art 150, así refiere:

"Los conductores de los equipos que no sean propiedad de la empresa o del operador, destinados al servicio público de transporte, podrán ser contratados directamente por la empresa operadora de transporte. En cualquier caso, y para todos los efectos legales el operador y el propietario del equipo responderán solidariamente

*(...) **Las personas vinculadas a nuestra empresa no son trabajadores de la empresa y están vinculados a la misma mediante un contrato de vinculación de flota, cumpliendo con lo dispuesto en el Decreto 431 de marzo de 2017 (...)**"* negrillas fuera de texto.

2.5. El 02 de abril del 2019 mediante Auto No. 00844, la Coordinadora del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo, reasigno el proceso, Radicado No. 39733 del 21 de julio de 2017, a la Inspectora 35 de Trabajo y de Seguridad Social, Dra. SANDRA CAROLINA ARIAS FRANCO. (FI 380)

2.6. El 13 de mayo de 2019, mediante Auto de trámite la Inspectora delegada da cumplimiento al Auto No. 0844 del 02 de abril de 2019 y resuelve continuar con las diligencias. (FI. 384)

2.7. El 14 de mayo de 2019 mediante comunicación radicado No. 08SE201973110000004420, se informó a la empresa ESPECIALES 3E S.A.S la existencia de mérito para adelantar Procedimiento Administrativo Sancionatorio. (FI. 385)

2.8. El 28 de mayo de 2019 mediante Auto No. 02790 se formularon cargos y se ordeno la apertura del Proceso Administrativo Sancionatorio contra la empresa ESPECIALES 3E S.A.S (Fol. 386 al 390), el cargo formulado indico:

"CARGO UNICO: Presunta vulneración del literal a del Art. 13, primer párrafo del Art. 17 y Art. 22 de la Ley 100 de 1993, por la omisión en la afiliación y pago de cotización a seguridad social en pensión de los conductores que operan los servicios o rutas de la empresa investigada."

2.9. El 09 de julio de 2019 mediante radicado No. 08SE201973110000006650 se citó para notificación personal a la empresa ESPECIALES 3E S.A.S. (FI. 391)

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

- 2.10. Ante la no comparencia a la notificación personal, el 23 de julio de 2019 mediante radicado No. 08SE201973110000007228 se procedió a realizar la notificación por aviso conforme a lo establecido en la Ley (Fol. 392, 393)
- 2.11. El 04 de septiembre de 2019 mediante Auto No. 03807 se cerro la etapa probatoria y se corrió traslado a la empresa investigada para presentar alegatos. (Fl. 394)
- 2.12. El 04 de septiembre de 2019 mediante radicado No. 08SE201973110000008770 se comunico a la empresa investigada el Auto No. 03807 del 04 de septiembre de 2019. (Fl. 595)
- 2.13. El 10 de septiembre de 2019 mediante radicado No. 11EE2019741100000030912 la empresa ESPECIALES 3E S.A.S presento alegatos de conclusión mediante el cual solicito (Fol. 396 al 414):

"PRIMERO. Se **EXONERE DE TODA RESPONSABILIDAD** a la empresa de servicio público de transporte terrestre Automotor **ESPECIALES 3E S.A.S.**

SEGUNDO. Con fundamento en lo anterior se ordene el **ARCHIVO DEFINITIVO** de la presente investigación administrativa."

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Tratándose de aspectos de competencia del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo, los inspectores de trabajo y seguridad social tendrán el carácter de policía administrativa laboral, encargados de verificar e inspeccionar el cumplimiento de la normativa laboral y del sistema general de seguridad social. En caso de encontrar violación a dichas disposiciones o la realización de actos que impidan o retarden el cumplimiento de las actividades propias de la labor de inspección, tiene la potestad para imponer sanciones pecuniarias, de acuerdo a sus facultades legales y en especial las establecidas en la Constitución Política de Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 4108 de 2011, la Resolución 2143 de 2014, la Ley 1437 de 2011, la Ley 1610 de 2013 y las demás normas concordantes, así se realizan las siguientes consideraciones:

3.1. SOBRE LAS PRUEBAS RECAUDADAS EN LA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR

La Superintendencia de Puertos y Transporte denunció las irregularidades evidenciadas con respecto a la forma de contratación de los conductores y operadores del transporte público, operado por la empresa ESPECIALES 3E S.A.S en especial la infracción al Art. 34 y 36 de la LEY 336 DE 1996 "ESTATUTO GENERAL DE TRANSPORTE", así como la presunta omisión en el pago de aportes a seguridad social de los conductores. (Fol. 1 al 11)

En la denuncia se aportó en los anexos la relación de cincuenta y cinco (55) conductores propietarios de la empresa investigada (Fl 3) y la planilla de afiliación a la ARL (Fl. 4) donde observan que de los cincuenta y cinco (55) conductores, solo están afiliados veintinueve (29) a la ARL, incumpliendo con la obligación de que trata el Art 34 y 36 de la Ley 336 de 1996.

El Despacho en la Averiguación Preliminar recopilo treinta y cuatro (34) contratos de prestación de servicios de conductores operadores de la empresa investigada, planillas de seguridad social donde los conductores figuran como cotizantes, de igual forma así lo refirió la empresa investigada (Fol. 2, 18, 397), se transcribe a continuación un aparte de lo manifestado por la empresa investigada (Fl. 18):

"(...) nuestra empresa no tiene suscrito contratos laborales con los conductores propietarios/propietarios de los vehículos vinculados a ESPECIALES 3E S.A.S, pero si vigila y controla que los mismos se encuentren afiliados y los aportes de su seguridad social integral exceptuando el de riesgos laborales pues este los asume la empresa y para ello, se les exige periódicamente los soportes de afiliación y pago de pago de su seguridad social"

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

De esta forma se pudo evidenciar que efectivamente la empresa investigada tiene a sus conductores vinculados mediante contratos de prestación de servicios y afiliados a la seguridad social de forma independiente (Fol. 201 al 379).

3.2. SOBRE LA FORMULACION DE CARGOS

El 28 de mayo de 2019 mediante Auto No. 02790 se formularon cargos y se ordenó la apertura del Proceso Administrativo Sancionatorio contra la empresa ESPECIALES 3E S.A.S. (Fol. 386 al 390), el cargo formulado fue:

"CARGO UNICO: Presunta vulneración del literal a del Art. 13, primer párrafo del Art. 17 y Art. 22 de la Ley 100 de 1993, por la omisión en la afiliación y pago de cotización a seguridad social en pensión de los conductores que operan los servicios o rutas de la empresa investigada."

El cargo se sustentó con base en que la empresa investigada no tiene afiliados, directamente a los conductores de la empresa, a Seguridad Social Integral, para el caso que le compete al Ministerio de Trabajo, en pensión, lo anterior partiendo de la base de que los conductores deben estar afiliados directamente con base en el Art. 34 y 36 de la Ley 336 de 1996 y por ende le aplican las normas generales sobre Seguridad social integral en este caso la Ley 100 de 1993.

El Despacho al contar con suficientes elementos probatorios que permiten identificar que la empresa investigada tiene a sus conductores por medio de contratos de prestación de servicios y son ellos quienes cotizan a la Seguridad Social Integral de forma independiente, procedió a realizar la formulación del cargo donde se afirmó que las normas presuntamente infringidas son:

- **Literal a del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993:**

"ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;"

- **Primer párrafo del Artículo 17 de la Ley 100 de 1993:**

"ARTÍCULO 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen."

- **Artículo 22 de la Ley 100 de 1993:**

"Artículo 22. Obligaciones del Empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte 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 empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador."

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

3.3. SOBRE LOS DESCARGOS

La empresa investigada no presentó descargos, pese a que se efectuaron las actuaciones procesales de notificación del pliego de cargos, citación de notificación personal y posterior notificación por aviso, que contuvo el traslado de la formulación de cargos (Fol. 391 al 393).

3.4. SOBRE EL PERIODO PROBATORIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Teniendo en cuenta que la empresa investigada no presentó descargos y no solicitó pruebas tal como se dispuso en el Auto No. 02790 del 28 de mayo de 2019, el 04 de septiembre de 2019, se procedió mediante Auto No. 03807 a cerrar la etapa probatoria, se tuvo como prueba los documentos recaudados durante la investigación preliminar y se corrió traslado a la empresa investigada para presentar alegatos. (Fl. 394)

3.5. SOBRE LOS ALEGATOS DE CONCLUSION

El 10 de septiembre de 2019 mediante radicado No. 11EE2019741100000030912 la empresa ESPECIALES 3E S.A.S. dentro de la oportunidad procesal, presentó alegatos de conclusión mediante el cual solicitó (Fol. 396 al 414):

"PRIMERO. Se **EXONERE DE TODA RESPONSABILIDAD** a la empresa de servicio público de transporte terrestre Automotor **ESPECIALES 3E S.A.S SAS.**

SEGUNDO. Con fundamento en lo anterior se ordene el **ARCHIVO DEFINITIVO** de la presente investigación administrativa."

De igual forma a empresa investigada fundamento sus peticiones en tres (3) consideraciones que se resumirán a continuación:

1. Carencia actual de objeto por hecho superado:

En esta consideración la investigada manifestó que aportaba copia del contrato de vinculación y planillas de liquidación a la seguridad social con el fin de demostrar que en la actualidad no existe transgresión a las normas en materia laboral.

Como soporte allega copia de contrato individual de trabajo a termino indefinido para el Sr. Dario Rincón Silva con fecha del 01 de septiembre de 2018 y se aporta las planillas de aportes a seguridad social de: mayo de 2019, para tres afiliados incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 407); abril de 2019 para dos afiliados, incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 408); marzo de 2019 para dos afiliados, incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 409); febrero de 2019 para tres afiliados, incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 410); enero de 2019 para tres afiliados, incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 411); diciembre de 2018 para cinco (5) afiliados incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 412); septiembre de 2018 para cinco (5) afiliados incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fol. 413, 414).

2. Contratación y afiliación y a la seguridad social de los conductores:

En esta consideración la investigada manifestó que acataron las recomendaciones dadas en la visita de inspección y se procedió: "no solo a constatar que los conductores estuvieran afiliados al sistema de seguridad social, sino que la empresa realiza directamente la afiliación y pago, en virtud de la relación laboral existente entre mi representada con sus conductores" por esto solicitan declarar el hecho superado.

Como soporte allega copia de contrato individual de trabajo a termino indefinido para el Sr. Dario Rincón Silva con fecha del 01 de septiembre de 2018 y se aporta las planillas de aportes a seguridad social de: mayo de 2019, para tres afiliados incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 407); abril de 2019 para dos afiliados, incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 408); marzo de 2019 para dos afiliados,

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 409); febrero de 2019 para tres afiliados, incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 410); enero de 2019 para tres afiliados, incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 411); diciembre de 2018 para cinco (5) afiliados incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fl. 412); septiembre de 2018 para cinco (5) afiliados incluido el Sr. Dario Rincón Silva (Fol. 413, 414).

La empresa investigada manifiesta que los conductores siempre han tenido una relación contractual directa, ya sea mediante contratos verbales o de prestación de servicios y sin embargo hoy todos están mediante contrato de trabajo. Sin embargo solo aporto como evidencia un contrato de trabajo con un conductor y relaciono el pago de la seguridad social de uno (1) a cinco (5) trabajadores de la empresa (Fol. 400 al 404).

La empresa investigada afirma que *"la Ley 336 de 1996 establece que las empresas deban velar o vigilar que los conductores estén afiliados al sistema de Seguridad Social, más no indica que la afiliación la deba hacer directamente la empresa, con lo cual la conducta que se indilga no tiene consagración legal, es decir que la conducta no esta tipificada en la Ley."*

Como soporte a sus argumentos traen a colación el Decreto 1703 de 2002, y refieren que este estableció que *"para efectos de garantizar la afiliación de los conductores de transporte público al Sistema General de seguridad Social en Salud, las empresas o Cooperativas a las cuales se encuentren afiliados los vehiculos velarán porque tales trabajadores se encuentren afiliados a una entidad promotora de salud E.P.S., en calidad de cotizantes; (...)"*

3. Contratación directa de los conductores:

En esta consideración la investigada manifestó:

"La Ley 336 de 1996 "Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte", no tiene establecido que las empresas de transporte deban vincular de manera exclusiva sus conductores mediante la figura del contrato de trabajo, por lo que la contratación laboral de los conductores no puede ser una exigencia por parte de esa entidad.

Se excede la potestad reglamentaria al establecer obligatoria la contratación laboral cuando el artículo 36 de la ley 336 no lo establece (...)"

A continuación, se hará un análisis de los hechos, las pruebas, normas infringidas así como los argumentos de defensa, incluido los alegatos presentados por la empresa investigada.

3.6. ANALISIS DE LOS HECHOS, LAS PRUEBAS Y NORMAS INFRINGIDAS.

3.6.1. La Superintendencia de Puertos y Transporte denunció las irregularidades evidenciadas con respecto a la forma de contratación de los conductores y operadores del transporte público, operado por la empresa ESPECIALES 3E S.A.S en especial la infracción al Art. 34 y 36 de la LEY 336 DE 1996 "ESTATUTO GENERAL DE TRANSPORTE", así como la presunta omisión en el pago de aportes a seguridad social de los conductores. (Fol. 1 al 11)

Conforme a la queja instaurada y como se relaciono en el numeral 3.1 de la presente resolución, las pruebas recaudadas en la Averiguación Preliminar evidenciaron que la empresa investigada contrata a sus trabajadores por modalidades distintas a las laborales y la afiliación a la Seguridad Social en pensión la realizan de forma independiente los conductores.

En los contratos aportados en la Averiguación Preliminar se observa la prestación de servicios para las siguientes personas:

Ricardo Santamaria, Jhon Sánchez, Maria Cristina Martinez, Blanca Rodriguez, German Paez, Ana Beatriz Moreno, Carlos Piñeros, Abelardo Moreno, Eric Leonardo Segura, Carlos Ivan Garzón, Consuelo Tafur de

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

Amaya, De la Torre Maritza, Patricia Buendía De Sanín, Rojas Benavides Jairo, Pablo Andres Hurtado, Camelo Matilde, Marín Derly Johana, Hoyos Salazar Luz Helena, Ruiz Gaitán Piedad, Salomón Héctor, Cifuentes José Fernando, Santana Luis Enrique, Miguel Angel Orjuela Castro, Camargo Gladys Consuelo, Jairo José Salazar, Serrano Maria Eugenia, Carlos Arturo Niño, quintero Manuel, Ardila de f. Maria Consuelo, José Fernando Amaya Posada, José Giovanni Mancera Becerra, Elizabeth Chacón Riaño, Salazar Landinez Martha Isabel y Cubides Felipe.

La empresa investigada afirma en sus alegatos un hecho superado, por cuanto según ella, sus conductores ya tienen un contrato de trabajo y realizan las respectivas afiliaciones al sistema de seguridad Social, de forma directa, sin embargo, para el Despacho no es posible determinar la veracidad de lo argumentado toda vez que solo aportó como evidencia un contrato de trabajo con un conductor y relaciono el pago de la seguridad social de uno (1) a cinco (5) trabajadores de la empresa (Fol. 400 al 404), tal como se refirió en el numeral 1 y 2 de los alegatos presentados por la investigada, relacionados en el numeral 3.5. de la presente resolución, denominados: carencia actual de objeto por hecho superado y contratación y afiliación y a la seguridad social de los conductores.

3.6.2. La empresa investigada argumenta que la empresa siempre ha tenido una contratación directa con sus conductores como lo establece la Ley 336 de 1996 pero que esta no tiene que afiliarse directamente a los conductores y por ende la conducta no está tipificada en la Ley. Como sustento de esto trae a colación el Decreto 1703 de 2002 que estableció "para efectos de garantizar la afiliación de los conductores de transporte público al Sistema General de seguridad Social en Salud, las empresas o Cooperativas a las cuales se encuentren afiliados los vehículos velarán porque tales trabajadores se encuentren afiliados a una entidad promotora de salud E.P.S., en calidad de cotizantes; (...)"

Conforme a lo argumentado en primer lugar se recuerda que el Decreto 1703 de 2002 fue derogado por el Art. 89 del Decreto Nacional 2553 de 2015 con excepción de los artículos 24, 36 y 39, y de todas formas téngase presente que el Decreto regulaba la afiliación en salud, para el caso referido por la investigada, en calidad de cotizantes, sin embargo la afiliación al sistema de salud puede ser de dos formas cotizante o beneficiario, y esto no desvirtúa la relación directa que debe haber entre el conductor y el operador de transporte.

En cuanto a la tipicidad de la norma, en el cargo único formulado se reitera que el cargo se sustentó con base en que la empresa investigada no tiene afiliados, directamente a los conductores de la empresa, a Seguridad Social Integral, para el caso que le compete al Ministerio de Trabajo, en pensión, lo anterior partiendo de la base de que los conductores deben estar afiliados directamente con base en el Art. 34 y 36 de la Ley 336 de 1996 y por ende le aplican las normas generales sobre Seguridad social integral en este caso la Ley 100 de 1993, en especial el literal a del Art. 13, primer párrafo del Art. 17 y Art. 22 de la Ley 100 de 1993.

Contrario a lo manifestado por la empresa querellada para el Despacho es claro que la afiliación de los conductores debe realizarse de forma directa y por dependencia de esta pues los artículos referidos establecen:

"ARTÍCULO 34.-Las empresas de transporte público están obligadas a vigilar y constatar que los conductores de sus equipos cuenten con la licencia de conducción vigente y apropiada para el servicio, así como su afiliación al sistema de seguridad social según los prevean las disposiciones legales vigentes sobre la materia. La violación de lo dispuesto en este artículo acarreará las sanciones correspondientes.

ARTÍCULO 36.- Modificado por el Artículo 305 del Decreto 1122 de 1999 (Decreto 1122 de 1999 declarado inexecutable por Sentencia C-923 de 1999), Modificado por el Artículo 150 del Decreto 266 de 2000 (Decreto 266 de 2000 declarado inexecutable por Sentencia C-1316 de 2000). Los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo."

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

Obsérvese que la norma establece que los CONDUCTORES de los equipos destinados al servicio público de transporte serán **contratados directamente** por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo, de esta forma la relación si debe ser directa. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C 579 de 1999 se pronunció al respecto y sobre la exequibilidad del art 36 de la Ley 336 de 1996 entre otras argumentando que :

"(...) Las normas atacadas persiguen tanto garantizarle a los conductores de los equipos de transporte condiciones dignas de trabajo y el pago de sus acreencias laborales, como regular las relaciones entre los distintos sujetos intervinientes en esa actividad, con el fin de que se ajusten a criterios de equidad. Por eso es que se establece que los conductores deben ser contratados directamente por las empresas, que éstas responden solidariamente con los dueños de los equipos ante aquéllos y que el Gobierno debe expedir las normas necesarias para crear relaciones equitativas entre los distintos participantes en la actividad del servicio público del transporte. Con la expedición de estas disposiciones el Congreso materializa la definición del Estado colombiano como un Estado social, en la medida en que intenta regular las relaciones que se generan alrededor de la actividad del transporte y proteger los derechos de los trabajadores. Este fin puede perseguirse de distintas maneras o a través de distintas regulaciones. La ley ha optado por las que se analizan y la Corte no encuentra ningún motivo para declarar su inconstitucionalidad total o parcial ni para condicionar su declaración de exequibilidad. Y si bien se podría argumentar que las disposiciones no son adecuadas o convenientes, o no consultan las condiciones del sector, lo cierto es que ese tipo de análisis es extraño a la Corte, la cual debe concentrar su estudio en el examen de sí las normas acusadas vulneran el texto constitucional (...)" negrillas fuera de texto.

En esta medida la afiliación de los conductores si debe ser directa y en esta medida responder por los aportes a la Seguridad Social Integral de forma directa. De esta forma al contratar la empresa investigada a los conductores de forma indirecta por medio de contratos de prestación de servicios, deja la carga prestacional y de seguridad social a cargo de los conductores violando el literal a del Art. 13, primer párrafo del Art. 17 y Art. 22 de la Ley 100 de 1993 que consagran la obligación de afiliación.

Así el el literal a del Art. 13, de la Ley 100 de 1993 se infringe al no afiliar los trabajadores, la empresa investigada como dependientes; De igual forma la investigada infringe el primer párrafo del Art. 17 de la Ley 100 de 1993 al no efectuar las cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen, ya que trasladan esta responsabilidad al conductor; y se infringe el Art. 22 de la Ley 100 de 1993, por parte de la investigada al no efectuar el pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio pues se reitera con el actuar de la investigada se traslado la carga prestacional y de seguridad social al conductor.

De esta forma si existe una tipicidad de la infracción y son las normas antes descritas el literal a del Art. 13, primer párrafo del Art. 17 y Art. 22 de la Ley 100 de 1993, que fueron consagradas en el único cargo formulado, ahora bien aunque la empresa investigada alega normas derogadas en defensa de su actuación, se debe recordar, tal como se consagra en el Art 9 del Código Civil que: "la ignorancia de la Ley no sirve de excusa".

La empresa investigada argumenta que ya tiene a los trabajadores con contrato laboral y realiza las cotizaciones al Sistema de seguridad Social Integral, sin embargo, como se manifestó en líneas anteriores la investigada no aporta prueba de ello y si bien es cierto aporta en sus alegatos un contrato individual de trabajo este no es suficiente para demostrar que los demás trabajadores relacionados tienen tal calidad y/o están afiliados a la seguridad social integral de forma directa.

En cuanto al supuesto exceso de la potestad reglamentaria, al establecer obligatoria la contratación laboral Se reitera que por disposición del Art 36 de la Ley 336 de 1996 la relación entre conductor y operador del servicio de transporte debe ser directa y con ello respetar todas las implicaciones laborales que ello trae. En todo caso no se están estableciendo relaciones laborales, y el único cargo solo consagro la infracción a las normas de afiliación y pago de aportes a la seguridad social en pensión.

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

3.7. SANCIONES

La sanción cumplirá en el presente caso una función coactiva o de policía administrativa: Como Autoridades de policía del trabajo, la facultad coercitiva se refiere a la posibilidad de requerir o sancionar a los responsables de la inobservancia o violación de una norma del trabajo, aplicando siempre el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es definido "dentro de un Estado social de derecho, el contenido de toda decisión discrecional de las Autoridades administrativas, de carácter general o particular, debe corresponder, en primer término, a la ley, ajustarse a los fines de la norma que la Autoriza, ser proporcional a los hechos que se sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia material"¹.

Este Despacho encuentra claramente comprobada la transgresión a la norma de seguridad social establecida en el el literal a del Art. 13, primer párrafo del Art. 17 y Art. 22 de la Ley 100 de 1993, la empresa ESPECIALES 3E S.A.S SAS, con su proceder puso en riesgo el Sistema de Seguridad Social y los derechos de sus trabajadores – conductores al vincularlos con contratos de prestación de servicios y por ende con la omisión en el pago de los aportes a la Seguridad Social Integral, siendo su obligación hacerlo de acuerdo a las normas referidas. El incumplimiento merece un reproche por parte de esta Coordinación ya que desconoce las normas laborales y de seguridad social sobre la materia

Estas conductas por parte de las empresas facultan al Estado Colombiano a través del Ministerio del Trabajo para Inspeccionar, vigilar y controlar el cumplimiento de las normas laborales y de Seguridad social, lo cual redundará en la protección de los trabajadores. El incumplimiento por parte de los empleadores a estos cuerpos normativos acarrea las sanciones legales, pues pone en riesgo los derechos fundamentales de sus subalternos de tener un trabajo en condiciones dignas y justas.

Finalmente es necesario advertir al investigado que, las actuaciones Administrativas Sancionatorias desarrolladas por este ente Ministerial, son consecuencia de las facultades atribuidas al Inspector del Ministerio de Trabajo, quien ostenta la calidad de Policía Administrativa Laboral quien es el encargado de verificar e inspeccionar el cumplimiento de la normativa laboral y del sistema general de seguridad social; quien además cumple con una labor de prevención, la cual conlleva a realizar recomendaciones y/o avisar en este caso a la empresa investigada que si bien es cierto la conducta desplegada merece un reproche, también es cierto que se previene de no volver a cometer esta clase de actuaciones, ya que se le instó a cumplir con las normas laborales y de Seguridad Social.

3.9. GRADUACION DE LA SANCION

Conforme a lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1.993 y en el artículo 8 del Decreto 3771 de 2.007, la multa oscila en un monto de uno (1) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes y se destina al Fondo de Solidaridad Pensional.

Para efectos de determinar la graduación de la sanción con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, se observa la ocurrencia de los siguientes criterios establecidos en el artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 y el Art. 12 de la ley 1610 de 2013.

El Art 12 de la Ley 1610 de 2013 estipula:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.
2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.
3. Reincidencia en la comisión de la infracción.

¹ Derecho Administrativo Sancionador, Jaime Ossa Arbeláez, editorial Legis.

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

4. Resistencia negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.
6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.
8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.
9. Grave violación a los Derechos Humanos de las y los trabajadores.

Para el caso en concreto se tendrán en cuenta para la dosificación de las penas lo siguiente:

1. Si bien es cierto se puso en riesgo o peligro la seguridad social de los conductores con el actuar de la empresa investigada al trasladarles la carga de realizar las afiliaciones y pago de las cotizaciones al Sistema de seguridad Social, se tendrá en cuenta como atenuante el hecho de que los conductores estaban afiliados a la Seguridad Social.
2. En cuanto al beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero, con el actuar de la investigada, al trasladarles la carga, a los conductores, de realizar las afiliaciones y pago de las cotizaciones al Sistema de seguridad Social, la investigada obtiene un provecho económico pues no realizan el aporte que les corresponde a la Seguridad Social de los conductores, y por eso se tendrá como agravante de la sanción.
3. Teniendo en cuenta que es la primera vez que se multa a la empresa Especiales 3E SAS, por los cargos formulados se tendrá en cuenta como atenuante de la sanción.
4. Teniendo en cuenta que la empresa no opuso resistencia ni negativa u obstrucción a la acción investigadora de la Inspección de Trabajo se tendrá como un atenuante de la sanción.

Conforme a lo anterior y dado que, al realizar el análisis y verificación integral de la documentación que obra en el expediente, en los antecedentes fácticos, las actuaciones administrativas laborales, los descargos y alegatos de conclusión presentadas por la empresa investigada y las consideraciones descritas en la presente resolución, a la luz de la Constitución Política, el Código Sustantivo del Trabajo y de las competencias asignadas a las inspecciones de trabajo derivadas de la Ley 1610 de enero 2013, el Despacho llega a la convicción de que la empresa ESPECIALES 3E SAS, ha incurrido en una conducta que evidencia la violación a las Normas Laborales y de seguridad Social, como se dijo en la parte considerativa de esta resolución y por esto se impondrá una sanción de DIEZ (10) SMMLV. Valor correspondiente al año 2019 por la suma de OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CIENTO SESENTA PESOS M/CTE (\$8'281.160)

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

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: SANCIONAR a la empresa **ESPECIALES 3E S.A.S** Nit. 830086610-3 Representada legalmente por el Sr. RUIZ GARCIA ALIRIO HERNAN identificado con la C.C. No. 79150858 y/o quien haga sus veces, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., por infringir el contenido del literal a del Art. 13, primer párrafo del Art. 17 y Art. 22 de la Ley 100 de 1993, por la omisión en la afiliación y pago de cotización a seguridad social en pensión de los conductores que operan los servicios o rutas de la empresa investigada.

"Por medio de la cual se resuelve una Investigación Administrativa Laboral con Sanción"

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER a la empresa **ESPECIALES 3E S.A.S** Nit. 830086610-3 Representada legalmente por el Sr. RUIZ GARCIA ALIRIO HERNAN identificado con la C.C. No. 79150858 y/o quien haga sus veces, una **MULTA** equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que corresponde a la suma de **OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CIENTO SESENTA PESOS (\$8.281.160)**, con destino al Fondo de Solidaridad Pensional -, conforme a lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 8 del Decreto 3771 de 2007, el cual deberá ser consignado en el Banco Occidente Cuenta No. 256-9611-60.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR a las partes jurídicamente interesadas, el contenido del presente Auto conforme a lo dispuesto en los artículos 66 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

INVESTIGADO: ESPECIALES 3E S.A.S Nit. 830086610-3 Representada legalmente por el Sr. RUIZ GARCIA ALIRIO HERNAN identificado con la C.C. No. 79150858 y/o quien haga sus veces, en la dirección de notificación judicial Carrera 20 No 63 A 53 Bogotá, correo de notificación judicial especiales3e@hotmail.com.

QUERELLANTE: SUPERINTENDENCIA DELEGADA DE TRANSITO Y TRANSPORTE, en Bogotá Calle 63 No. 9ª - 45

ARTÍCULO CUARTO: INFORMAR que contra el presente Acto Administrativo proceden los recursos de **REPOSICION** ante esta Coordinación y en subsidio de **APELACION** ante la Dirección Territorial de Bogotá D.C., interpuestos y debidamente soportados, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación personal, por aviso o al vencimiento del término de publicación según sea el caso, de acuerdo con el artículo 74 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO QUINTO: ADVERTIR: La presente presta merito ejecutivo de acuerdo con lo ordenado en el artículo 99 de la ley 1437 de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

ARTÍCULO SEXTO: LIBRAR las comunicaciones pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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

Proyecto: Sandra A.
Revisó: Rita V.
Aprobó: Tatiana F.