

MINISTERIO DEL TRABAJO
DIRECCION TERRITORIAL CAUCA

Resolución No. 0186-02 de octubre 2020-Cauca.pdf

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

La suscrita COORDINADORA DEL GRUPO PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA, CONTROL, RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y CONCILIACIÓN de la Dirección territorial Cauca del Ministerio del Trabajo, en desarrollo de las atribuciones conferidas por la Ley 1444 de 2011, Decreto 4108 de 2011, Resolución 2143 del 28 de mayo de 2014, los artículos 17, 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo, procedo 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 EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – POPAYÁN E.S.E., identificada con Nit No. 900.145.579-1; con dirección de notificación judicial en la Calle 5 con carrera 14 Esquina, en la ciudad de Popayán departamento del Cauca, dirección de correo esepopayan@hotmail.com.

II. ANTECEDENTES DE LA AVERIGUACION PRELIMINAR

Mediante radicado 11EE2016711900100001160 se presenta ante el Ministerio de Trabajo Dirección Territorial Cauca documento firmado por el señor CARLOS JAVIER TIMANA PEÑA, mediante el cual coloca en conocimiento presunta vulneración al ejercicio de la actividad sindical de algunos afiliados partícipes del Sindicato de Trabajadores y Empleados al Servicio de la Empresa Social del Estado Popayán “SINTRAESEPOPAYAN”, aportando documentos que soportan su queja (folios 1 a 26).

III. ACTUACIONES ADELANTADAS:

Una vez recibida la queja, como Coordinadora del grupo prevención, inspección, vigilancia, control, resolución de conflictos y conciliación con auto 02 de enero 23 de 2017, comisiona al Inspector de Trabajo Dr. ALBERTO JOSE TORRES para que cite a una diligencia administrativo laboral entre el referido sindicato y el representante legal de la ESE POPAYAN SA ESP, a fin de presentar fórmulas de arreglo frente a los derechos reclamados por el referido sindicato (folio 27), siendo citadas las partes mediante oficios 08SE2017721900100000102 para el caso de la ESE POPAYAN y con radicado 08SE2017721900100000103 para el Presidente del Sindicato (folios 28 y 29); a folio 30 del expediente obra comunicación radicado bajo el No. 000128 donde la Gerente de la Empresa Social del Estado, ZULLY BERNARDA RUIZ MENESES solita reprogramación de la diligencia administrativa, hecho ante el cual nuevamente el funcionario comisionado emite oficios 08SE2017721900100000167 y 08SE2017721900100000169, citando nuevamente a la diligencia (folios 32 y 33), la cual fue adelantada el catorce (14) de febrero de 2017 y de la cual obra prueba a folios 34 y 35 del expediente, de igual manera con memorando radicado bajo el No. 08SI2017721900100000146, el Inspector comisionado para la diligencia remite el expediente la Coordinadora del grupo prevención, inspección, vigilancia, control, resolución de conflictos y conciliación (folio 81).

En la diligencia administrativa convocada entre las partes se aportan documentos que reposan a folios 36 hasta el 80, donde la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POPAYAN ESE, aporta

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

además de los comprobantes del poder debidamente conferido al representante de la entidad en la diligencia administrativa laboral, aporta copia de documentación sobre los contratos de prestación de servicios de los profesionales referidos en la queja presentada, así como también de algunas actas de liquidación de dichas ordenes de prestación de servicios, las cuales el despacho relacionará en el acápite de pruebas y de las cuales hará una valoración en el contenido del presente proveído.

Analizado el informe enviado por el Doctor Torres, mediante Auto 0058 de 4 de julio de 2017, se ordena la apertura de la AVERIGUACIÓN PRELIMINAR en contra de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – POPAYÁN E.S.E., identificada con Nit. 900.145.579-1; con domicilio en la Calle 5 con carrera 14 Esquina, en la ciudad de Popayán departamento del Cauca, por presunta violación al derecho de asociación sindical 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 (folio 82).

El auto de averiguación preliminar fue comunicado a las partes mediante oficios 7019001816 de 18 de julio de 2017 al quejoso y al averiguado mediante oficio 7019001071 fechado en 11 julio de 2017 (folios 83 y 84), en dichas comunicaciones se informa sobre la apertura de la averiguación preliminar y se indica la fecha y hora en la cual se llevará a cabo la visita de carácter general a empresas para el día 27 de julio de 2017 a las 8:00 am.

Llegado el veintisiete (27) días del mes de julio de 2017, la Inspectora de Trabajo OLGA PATRICIA JACOME SANCHEZ en cumplimiento del Auto de Avocamiento N° 0068 del cuatro (04) del mes de Julio de 2017 se trasladó a ESE POPAYAN con Nit N°900145579-1 ubicada en la Calle 5 con Carrera 14 de la ciudad de Popayán, en desarrollo de la función de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, con el fin de verificar el cumplimiento de la normatividad laboral individual, para adelantar la diligencia la cual es atendida en representación de la Empresa por la Señora YENNY CAROLINA ORTEGA RIOS identificada con la Cédula de Ciudadanía No 25.289.727 de Popayán en representación de la ESE como contratista de Talento Humano, la Inspectora comisionada procede a constatar lo siguiente:

“1-Se pone a disposición la querella para su conocimiento y expedición de copias y se informa que internamente se solicitará al Área de Atención al Ciudadano para que expida certificación de la Junta Directiva de Sintraesepopayán.

2- Se indaga sobre la situación de los trabajadores en calidad de afiliados participes y/o contratistas enunciados en el folio 2 de la querella. Al respecto la Doctora Yenny Carolina Ortega quiero manifiesta lo siguiente:

a- Los hechos que se mencionan en la querella corresponden a eventos anteriores a la vigencia de la Gerencia en propiedad de la Doctora Zully Bernarda Ruiz Meneses nombrada mediante decreto 1818 de 10 de octubre de 2016 y posesionada mediante Acta No 534 de 13 Octubre del mismo año. Así las cosas se tiene desconocimiento de los hechos objeto de la querella y las peticiones referidas en la misma fueron dirigidas al Doctor Hernando Hill Gómez actualmente funcionario de la Secretaria de Salud Departamental. Sumado a lo anterior se ha evidenciado que los integrantes de la reclamación desconocen la existencia de la misma, a tal punto que existen casos en los cuales se encuentran vinculados con la Empresa Social del Estado a través del contrato sindical vigente y en calidad de afiliados participes, aunado a que como lo manifestó el querellante el Doctor Timaná Peña otros casos laboran en Empresas del área de la salud a la fecha.

b- En el caso de persona por persona iniciamos con Ana Rojas Calapsu: No tuvo vínculo laboral alguno con la ESE POPAYÁN sino con el Sindicato Sintrasalud, con quien se suscribió

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

el contrato 001 de 2016 en vigencia de la gerencia de la Doctora Paola Andrea Vega Areas, Gerente encargada de 28 de diciembre de 2015 al 08 de enero de 2016.

c- En el caso de LORENZO RIVERA DELGADO no cuenta ni ha contado con vínculo con la ESE POPAYAN, sino con el Sindicato Sintrasalud con quien se suscribió el contrato 001 de 2016 en vigencia de la gerencia de la Doctora Paola Andrea Vega Areas, Gerente encargada de 28 de diciembre de 2015 al 08 de enero de 2016 y a la fecha tiene la calidad de afiliado participe del Sindicato de oficios varios RECUPERARTE en virtud del contrato 140 de 01 de marzo de 2017 para la ESE POPAYAN en el Centro de Salud Loma de la Virgen en Popayán como Higienista Oral. El Señor Lorenzo manifiesta desconocer la existencia de la querella .también su desinterés con la queja objeto de esta diligencia.

d- En el caso de Ana MiledGutierrez tenía vinculación mediante OPS No 017 del 04 de enero de 2016 suscrito por la Doctora Paola Andrea Vega Areas, Gerente con asignación de funciones. Desconocemos actualmente donde se encuentra y queremos dejar claro que el tipo de contrato es un contrato civil claro con una fecha de terminación estipulado.

e- En el caso de Sandra Barbosa No tuvo vínculo laboral alguno con la ESE POPAYÁN sino con el Sindicato Sintrasalud, con quien se suscribió el contrato 001 de 2016 en vigencia de la gerencia de la Doctora Paola Andrea Vega Areas, Gerente encargada de 28 de diciembre de 2015 al 08 de enero de 2016. Desconocemos actualmente donde se encuentra.

f- En el caso de Freddy Perafán fue vinculado mediante OPS No 72 de 04 de Enero de 2016 a 30 de junio de 2016 suscrito por la Doctora Paola Andrea Vega Areas, Gerente con asignación de funciones, contrato civil con fecha de terminación en el término estipulado.

g- En el caso de María del Mar Franco suscribió OPS No 448 de 10 de octubre de 2016, mediando terminación por mutuo acuerdo el día 16 de noviembre de 2.016, quiero establecer que contra ella cursa un proceso por inconsistencia en las planillas de pago presentadas (fraude).

h- En el caso de Willian Paz Perlaza; suscribió OPS No 042 DE 2016 suscrito con el Doctor Hernando Gil, a la fecha se encuentra en calidad de afiliado participe del sindicato de Trabajos Unidos por la Prosperidad Sintraumpros en virtud del Contrato No 140 del 01 de marzo de 2017. Así mismo, se manifiesta el Señor Paz que en fecha 31 de octubre de 2016 presento renuncia irrevocable al Sindicato de la querella y que desconocía la existencia de la misma.

i- En el caso de Luis Angel Arteaga, suscribió OPS No 523 de 01 de noviembre de 2016, terminado por mutuo acuerdo entre las partes.

2. - *Se desconocía del presunto fuero que tenían los afiliados puesto que corresponden a peticiones o hechos que se presentaron en fechas anteriores a la vigencia de esta Gerencia y que en la actual gerencia no se ha presentado reclamación alguna.*

3. - *Se solicita los contratos de las personas anteriormente enunciadas, para análisis del despacho. Se concede un término de cinco (5) días hábiles (04 de Agosto de 2.017)”*

Con oficio radicado bajo el No. 836 se recibe el requerimiento dejado por la Inspectora de Trabajo OLGA PATRICIA JÁCOME a la empresa averiguada en 66 folios, los cuales reposan a folios 88 y hasta el 154 inclusive, dentro de estos documentos obran copia de las OPS suscritas por los profesionales referidos en la querella interpuesta.

La Averiguación Preliminar No. 0068 de 4 de julio de 2017, se reasignó mediante Auto No. 0159 de septiembre agosto 12 de 2019 a la Inspector de Trabajo y de la Seguridad Social doctora MILENA TRUJILLO POTOSI (folio 155), debido a que, al Interior de la Dirección Territorial Cauca, se presentó una novedad respecto de la situación administrativa del funcionario OLGA PATRICIA JÁCOME, a quien se le terminó el nombramiento en provisionalidad como consecuencia de la convocatoria No. 428 de 2016.

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

La reasignación de la doctora MILENA TRUJILLO POTOSI, fue avocada mediante auto No. 064 de septiembre 23 de 2019 comunicada a la querellada por correo electrónico de fecha septiembre 25 de 2019. (Folio 157)

Así mismo mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional por causa del COVID-19, y mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el Gobierno nacional declaró el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por la crisis generada por el COVID-19, el Ministerio de Trabajo profirió la Resolución No. 0784 del 17 de marzo de 2020, modificada por la Resolución No. 0876 del 1 de abril de 2020, que entre otras medidas administrativas, suspenden los términos procesales en todos los trámites, actuaciones y procedimientos administrativos de competencia de las Direcciones Territoriales, tales como averiguaciones preliminares, procedimientos administrativos sancionatorios y sus recursos, desde el 17 de marzo de 2020 y hasta que se supere la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Posteriormente, con Resolución No. 1294 del 14 de julio de 2020, el Ministerio de Trabajo levanta de manera parcial la suspensión de términos establecida en las anteriores resoluciones, respecto a los trámites y servicios o actuaciones administrativas descritas en la Resolución Ibidem. Finalmente, mediante Resolución No. 1590 del 08 de septiembre de 2020, el Ministerio del Trabajo resolvió *“Levantar la suspensión de términos para todos los trámites administrativos, y disciplinarios, ordenada mediante Resolución 0784 del 17 de marzo de 2020, modificada por la Resolución 0876 del 1° de abril de 2020”*, que fue publicada en el Diario Oficial N° 51.432 del 09 de septiembre de 2020, fecha a partir de la cual entró en vigor. En este orden, no corrieron términos procesales entre el 17 de marzo de 2020 y el 09 de septiembre de 2020 respectivamente, conforme a lo dispuesto al Parágrafo del Artículo 1° de la Resolución No. 1590 del 08 de septiembre de 2020.

IV. PRUEBAS ALLEGADAS A LA ACTUACIÓN:

Aportadas en la querella:

- Radicado 11EE2016711900100001160 firmado por el señor CARLOS JAVIER TIMANA PEÑA. (folios 1 y 2).
- Oficios 001272, dirigido al gerente de la ESE POPAYAN solicitud de reintegro de algunos funcionarios (folios 3 y 4).
- Oficio 001452 en respuesta a petición de reintegro (folios 5 y 6)
- Copia de formato de constancia de registro del acta de constitución de nueva organización sindical (folio 7)
- Radicado 1056 dirigido al Ministerio del Trabajo Regional Cauca, donde se comunica la fundación del Sindicato de Trabajadores y Empleados al Servicio de la Empresa Social del Estado Popayán “SINTRAESEPOPAYAN” (folio 8)
- Copia acta No. 01 de marzo de 2016 aprobación del Sindicato de Trabajadores y Empleados al Servicio de la Empresa Social del Estado Popayán “SINTRAESEPOPAYAN”,(folios 9 a 20)
- Copia del decreto 583 de 8 abril de 2016 (folios 21 a 26)

Aportadas por el Ministerio del Trabajo:

- Auto 02 de enero 23 de 2017, comisiona al Inspector de Trabajo Dr. ALBERTO JOSE TORRES para que cite a una diligencia administrativo laboral (folio 27)
- Comunicaciones bajo los radicados 08SE2017721900100000102 de 2017-01-24 para el caso de la ESE POPAYAN y con radicado 08SE2017721900100000103 de 2017-01-24 para el presidente del Sindicato (folios 28 y 29)

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

- Oficios Nos. 08SE2017721900100000167 y 08SE2017721900100000169 de 2017-02-02, citando nuevamente a la diligencia, (folios 34 y 35)
- Diligencia administrativa llevada a cabo entre las partes (folios 34 y 35)
- Memorando radicado bajo el No. 08SI2017721900100000146 de 2017-02-15 (folio 81).
- Auto 0058 de 4 de julio de 2017 de apertura de la averiguación preliminar (folio 82)
- Oficios 7019001816 de 18 de julio de 2017 y oficio 7019001071 fechado en 11 julio de 2017 comunicación de la averiguación preliminar (folios 83 y 84)
- Acta para visitas de carácter general a empresas (folios 85 a 87)
- Auto No. 0159 de septiembre agosto 12 de 2019 de reasignación (folio 155)
- Cumplimiento de Auto comisorio No. 064 de septiembre 23 de 2019 comunicada a la querellada partes por correo electrónico de fecha septiembre 25 de 2019. (Folios 156 y 157)

Aportadas por el querellado:

- Comunicación con radicado bajo el No. 000128 de 01 de febrero de 2017 donde la Gerente de la Empresa Social del Estado, ZULLY BERNARDA RUIZ MENESES solicita reprogramación de la diligencia administrativa. (folio 30).
- Documentos aportados en diligencia administrativa a saber:
 1. Poder especial amplio y suficiente de representación para la diligencia administrativa laboral convocada (folio 36)
 2. Nota de presentación (folio 37)
 3. Copia notificación de encargo (folio 38)
 4. Copia resolución 020 de febrero 13 de 2017, por le cual se hace un encargo y se asignan funciones (folio 39)
 5. Copia decreto 1888-10-2016 por medio del cual se hace un nombramiento (folio 40 y 41)
 6. Copia de acta de posesión 534 de la gerente de la ESE POPAYAN (folio 42)
 7. Copia de la cedula de la gerente posesionada (folio 43)
 8. Copia acta de liquidación OPS No. 42 entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POPAYAN ESE y WILLIAM PAZ PERLAZA (folio 44)
 9. Copia OPS (orden de prestación de servicios) No 448 de 3 octubre de 2016 suscrita entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POPAYAN ESE y MARIA DEL MAR FRANCO MUÑOZ (folios 45 a 51)
 10. Copia oficio 2167 de 25 de noviembre de 2016, dirigido a MARIA DEL MAR FRNACO MUÑOZ en respuesta a solicitud de terminación de contrato con la ESE POPAYAN (folios 52 a 54)
 11. Copia OPS (orden de prestación de servicios) No 523 de 1 de noviembre de 2016 suscrita entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POPAYAN ESE y LUIS ANGEL ARTEAGA REVELO (folios 55 a 60)
 12. Copia acta de liquidación OPS No. 523 entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POPAYAN ESE y LUIS ANGEL ARTEAGA REVELO (folio 61 y 62)
 13. Copia OPS (orden de prestación de servicios) No 72 de 4 de enero de 2016 suscrita entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POPAYAN ESE y FREDY ALBERTO PERAFAN PECHENE (folios 63 a 66)
 14. Copia acta de liquidación OPS No. 72 entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POPAYAN ESE y FREDY ALBERTO PERAFAN PECHENE (folio 67 y 68)
 15. Copia OPS (orden de prestación de servicios) No 17 de 4 de enero de 2016 suscrita entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POPAYAN ESE y ANA MILETH GUTIERREZ COLLO (folios 69 a 73)

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

16. Copia concepto 1200000- 55114 de 23 de marzo de 2016 emitido por la Coordinadora del grupo interno de trabajo de atención de consultas del Ministerio de Trabajo (folios 74 a 80).
- Oficio radicado bajo el No. 001498 de 4 agosto de 2017 relacionando los siguientes documentos:
 1. ANA MILETH GUTIERREZ- - ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS No. 017 DE 04 DE ENERO DE 2016- SUSCRITO POR LA DRA. PAOLA ANDREA VEGA ARIAS- GERENTE CON ASIGNACION DE FUNCIONES (folios 89 a 93).
 2. FREDY PERAFAN- ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS 72 DE 04 DE ENERO DE 2016- 30 DE JUNIO DE 2016- SUSCRITO POR LA DRA. PAOLA ANDREA VEGA ARIAS GERENTE CON ASIGNACION DE FUNCIONES (folios 94 a 97).
 3. ACTA DE LIQUIDACIÓN ORDEN 72 DE 4 DE ENERO DE 2016 SUSCRITO ENTRE LA ESE POPAYAN Y FREDY ALBERTO PERAFAN (folios 98 y 99)
 4. LUIS ANGEL ARTEAGA REVELO-ORDEN DE PRESTACION 523 DE NOVIEMBRE 01 DE 2016, LIQUIDADO POR MUTUO ACUERDO ENTRE LAS PARTES (folios 100 a 107)
 5. MARIA DEL MAR FRANCO- REGISTROS OFICINA JURIDICA-ORDEN 448 DE 03 DE OCTUBRE DE 2016, VIGENCIA 31 DE DICIEMBRE DE 2016, MEDIANDO SOLICITUD DE TERMINACION POR MUTUO ACUERDO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016 (folios 108 a 114).
 6. WILLIAM PAZ PERLAZA- ACTA DE LIQUIDACION DE ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS 042, TERMINACION 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016, SUSCRITA CON EL DR. HERNANDO GIL GOMEZ - GERENTE ENCARGADO. DOCUMENTO DE RENUNCIA A SINTRAESE POPAYAN (folios 115 Y 116).
 7. MARIA DEL MAR FRANCO- ORDEN 448 DE 03 DE OCTUBRE DE 2016, VIGENCIA 31 DE DICIEMBRE DE 2016, (folios 117 a 123).
 8. LORENZO RIVERA DELGADO, HOJA DE VIDA AFILIADO PARTICIPE SINDICATO RECUPERARTE (folios 125 a 154).

V. COMPETENCIA PARA RESOLVER EL ASUNTO:

La Coordinadora del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, Resolución de Conflictos – Conciliación, de la Dirección Territorial del Cauca, es competente para fallar en primera instancia las investigaciones en los temas o asuntos de su competencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º, literal C, numeral 14, de la Resolución 02143 de mayo 28 de 2014, “Por medio de la cual se asignan competencias a las Direcciones Territoriales y Oficinas Especiales e Inspecciones de Trabajo” y Artículo 43 y 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

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 MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

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 del trabajo, de los trabajadores oficiales y de particulares**, a través de un procedimiento reglado de forma general por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA 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:

La Averiguación Preliminar es una actuación facultativa de comprobación desplegada por servidores del Ministerio del Trabajo, cuya finalidad es determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción, identificar a los presuntos responsables de esta o recabar elementos de juicio que permitan efectuar una intimación clara, precisa y circunstanciada. Esta actuación permite determinar si existe mérito suficiente para iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionatorio eficaz, eficiente y efectivo. Esa información previa no requiere un juicio de verdad sobre la existencia de la falta o infracción, puesto que, precisamente para eso está diseñado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, con el principio de la verdad real o material; por tanto, esta actuación no forma parte de dicho procedimiento administrativo en sí, ya que es potestativo para los servidores del Ministerio del Trabajo observarla o no. Esta actuación debe tener justificación en la necesidad de hacer eficientes y racionalizar los recursos administrativos y, sobre todo, para no incurrir en la apertura precipitada de un Procedimiento Administrativo Sancionatorio. Sin embargo, cuando los elementos del mérito se encuentren debidamente probados, el servidor del Ministerio del Trabajo procederá directamente a la aplicación del Procedimiento Administrativo Sancionatorio

En el transcurso de una Averiguación Preliminar los diferentes intervinientes no tendrán la condición de parte ni mucho menos de investigado, toda vez que dicha Averiguación, no es en sí un proceso de investigación tendiente a demostrar el cometimiento de una infracción. Es por tanto, que los intervinientes tendrán la calidad de interesados en la actuación y podrán participar en la misma, únicamente con el fin de establecer o no la existencia de méritos para iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

La Averiguación Preliminar constituye una etapa en el cual no existe debate alguno, puesto que el actuar de la Administración va encaminado a establecer la necesidad o no de iniciar un procedimiento sancionatorio formal.

La determinación de la existencia del mérito dentro de una Averiguación Preliminar no obedece a un proceso de capricho o intuición por parte de la Autoridad Administrativa, sino por el contrario, exige un análisis de las circunstancias de hecho y de derecho que la autoridad debe tener de presente y sus razonamientos solo podrán estar basados en un material probatorio que le proporcione el convencimiento sobre la situación. El recabo de material probatorio tiene como fin único determinar la existencia de los elementos del mérito y no la demostración del cometimiento de una conducta sancionable, porque precisamente esta averiguación permite concluir la posibilidad de la ocurrencia de un hecho y los posibles sujetos que participan en este.

Conforme lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 o C.P.A.C.A., las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria pueden iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona, y cuando como resultado de averiguaciones preliminares se establezca por

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

la autoridad administrativa que existe mérito para adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio, lo comunicara al interesado, procediendo a formular cargos, providencia que una vez notificada, le otorgará al investigado 15 días para presentar descargos y aportar o solicitar pruebas, posterior a la etapa de pruebas continua la de alegatos para luego proferirse el fallo decisorio.

Como funciones de los Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social se encuentra la establecida en el Artículo 3° Numeral 2° de la Ley 1610 de 2013, el cual estipula la 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, sin embargo en aquellos eventos en que no se vislumbra violación al ordenamiento legal por así demostrarlo el caudal probatorio recopilado dentro de la averiguación, puede el funcionario decisor ordenar el archivo del expediente.

El presente asunto materia de averiguación preliminar, se origina mediante una queja por parte del Sindicato de Trabajadores y Empleados al Servicio de la Empresa Social del Estado Popayán “SINTRAESEPOPAYAN” en la ESE POPAYÁN, señalando entre otros aspectos los siguientes:

“(…) desde el 1 abril hasta el mes de octubre de 2016, y previa conversación en reiteradas ocasiones con él , despidió en ese periodo a 2 Directivos y 5 integrantes del Sindicato de la ESE Popayán recién fundado y en la actual administración de la nueva Gerente Zully Bernarda Ruiz fue despedido otro Directivo de SINTRAESEPOPAYAN, convirtiéndose en una verdadera masacre sindical y estigmatización de toda aquella persona que con libre voluntad y derecho constitucional nos asociamos para conformar un sindicato y defender nuestros derechos laborales que como ya es sabido en las mayoría de las ESE del Departamento practican la tercerización laboral de procesos misionales como lo son todas las personas tanto auxiliares como profesionales que prestan servicios asistenciales (Auxiliares de Enfermería, Higienistas Orales, Auxiliares de Laboratorio, Médicos, Enfermeros Profesionales, Odontólogos y bacteriólogos entre otros). Fortaleciendo la intermediación laboral de estos procesos misionales y desfavoreciendo siempre al trabajador. A continuación se lista el personal de SINTRAESEPOPAYAN que fue despedido entre ellos 3 directivos del cual no medio ningún proceso por parte de la ESE Popayán para su retiro y permiso por parte del Ministerio de Trabajo.

NOMBRES Y APELLIDOS	NUMERO DOCUMENTO	CARGO	VINCULADO Y/O INTERMEDIACION	OBSERVACION
ANA ROJAS CALAPSU	34.562.771	AUX. ENFERMERIA	SINTRASALUD	
LORENZO RIVERA DELGADO	76.320.591	HIGIENISTA ORAL	SINTRASALUD	
ANA MILETH GUTIERREZ	1.061.738.670	AUX. ALMACEN	OPS	
SANDRA BARBOSA	52.325.232	AUX. ENFERMERIA	SINTRASALUD	
FREDY PERAFAN	10.248.293	AUDITORIA	OPS	DIRECTIVO
MARIA DEL MAR FRANCO	25.287.508	FACTURACION	OPS	
WILLIAM PAZ PERLAZA	10.539.948	AUX. ADMINISTRATIVO	OPS	DIRECTIVO
LUIS ANGEL ARTEAGA	13.012.597	REFERENCIA Y CONTRAREFERENC	OPS	DIRECTIVO

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

Buscamos se defiendan los derechos de estos y de todos los trabajadores de la ESE Popayán, se quite de una vez por todas esa intermediación laboral a través de empresas que terciando los procesos misionales se quedan con grandes recursos de administración quitándole parte de este dinero al salario del trabajador y por ultimo lograr la formalización laboral tal como lo estipula la ley actualmente, entre ellas el Decreto 583 de 2016 (...)

Conforme a la potestad del Ministerio de Trabajo para adelantar averiguaciones preliminares y en virtud de tal autoridad, se ordenó investigar a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – POPAYÁN E.S.E., identificada con Nit No. 900.145.579-1; con domicilio en la Calle 5 con carrera 14 Esquina, en la ciudad de Popayán departamento del Cauca, con el fin de verificar la presunta violación del derecho de asociación sindical, por lo cual se abordará el caso en particular de los integrantes del Sindicato a quienes presuntamente se les ha vulnerado el derecho de asociación sindical el cual ha sido concebido por la OIT en el Convenio 87 que trata sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 y que en su artículo 2 señaló:

«Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.»

Para el asunto que nos ocupa, es preciso determinar la facultad de los funcionarios del Ministerio del Trabajo, toda vez que se debe observar claramente las relaciones laborales que dan origen a las presuntas conductas vulneradoras, analizando el acervo probatorio recabado en la averiguación preliminar, se procede a verificar si efectivamente se la actividad de la empresa averiguada se enmarca en la vulneración del derecho de asociación Sindical, por tanto, es necesario hacer las siguientes apreciaciones:

1. De las ordenes/contratos de prestación de servicios:

Dentro del acervo probatorio, es indispensable recalcar que la averiguada, respecto de algunas de las personas referida en la queja, ha manejado una vinculación bajo la modalidad de prestación de servicios, tanto es así que en el acta de visita general a empresas levantada por la Inspectora de Trabajo OLGA PATRICIA JACOME y que reposa a folios 85 a 87 del expediente, quienes atendieron la visita, expusieron las calidades y condiciones de las ordenes de prestación de servicios mediante las cuales algunos de ellos estaban vinculados; al respecto el despacho considera necesario hacer la aclaración sobre el contrato de los prestadores de servicios el cual es para una función específica, esta figura no tiene un salario mínimo, sino que la remuneración es de mutuo acuerdo entre el empleado y el empleador. Además, el contratista no recibe un pago periódico, sino que los tiempos también se acuerdan entre las dos partes. Así mismo, el contratista no tiene derecho a indemnización por despido injustificado, ya que una vez se cumple el término del servicio prestado, no hay obligación de volver a trabajar entre las partes, a menos que se haya acordado. Una de las principales características del contrato por prestación de servicios es que la mayoría de las personas que labora con esta vinculación cumple horarios diferentes y las órdenes que sigue no son permanentes, sino que realiza trabajos puntuales. Esto permite que, aunque la persona tenga que cumplir unos objetivos y entregas, sea más autónoma en el manejo de su tiempo y en la planeación de su trabajo.

En todo caso, como se trata de una relación civil donde todo se pacta según la voluntad de las partes, en caso de acordarse la realización de actividades específicas dentro de la Orden de prestación de servicios, estas dependerán únicamente de la voluntad de las partes, teniendo en cuenta que esta no deben ser excesivas en carga laboral ni tampoco que implique el exceso de horas laborales, pues no se le debe exigir a un contratista una dedicación que sobrepase lo que es razonable.

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

Diferencia entre el contrato de trabajo y el contrato de servicios

Un contrato de trabajo se diferencia de un contrato de prestación de servicios, en que en el contrato de trabajo existe subordinación y prestación personal del servicio, en tanto que en un contrato de servicio no existe la subordinación y no es obligatorio que el contrato sea ejecutado por quien lo firmó, de modo que puede ser ejecutado por terceras personas, según determine el contratista. Resulta claro que en un contrato de prestación de servicios no existen un horario, un modo o forma de hacer las cosas; ni la obligación de obedecer instrucciones al contratante, diferentes a las convenidas en el contrato, por lo cual un trabajador vinculado mediante contrato de servicios cuenta con completa independencia, y lo único que lo obliga es lo pactado en el contrato.

Cuando se vinculan trabajadores un contrato de servicios puede resultar difícil discernir entre la existencia legal del contrato de servicios o de un contrato de trabajo realidad, por aquello de que toda relación personal de trabajo se presume regida por un contrato de trabajo según lo estipula el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera tal que es crucial poder distinguir claramente entre una figura y la otra, y la Corte Constitucional nos da una excelente pista en la sentencia C-154 de 1997:

«a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

...

*c. **La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado** y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes...» (negrilla y subrayado propios).*

Es importante aclarar que la sentencia se refiere a un contrato de servicios firmado con una entidad estatal, lo cual no impide que sea tomada como analogía aplicable y como referencia en el sector privado para la determinación de las diferencias entre los contratos de prestación de servicios y laborales, y queda claro el concepto de subordinación y autonomía, elementos esenciales a probar en un eventual proceso laboral que busque el reconocimiento del contrato de trabajo realidad.

De igual manera la Corte Constitucional en Sentencia T-903/10 ha precisado:

“CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Naturaleza

El contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene características propias que lo diferencian de otro tipo de formas jurídicas en materia laboral: la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido...” (Negrilla y subrayado propios)

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

Así las cosas y conforme a la evidencia que obra en el expediente además de las afirmaciones dadas por quienes atendieron la visita de carácter general llevada a cabo el 27 de Julio de 2017, se tiene lo siguiente:

NOMBRES Y APELLIDOS	VINCULADO Y/O INTERMEDIACION	OBSERVACION PRESENTADA POR LA AVERIGUADA
ANA ROJAS CALAPSU	SINTRASALUD	(...)No tuvo vínculo laboral alguno con la ESE POPAYÁN sino con el Sindicato Sintrasalud (...)
LORENZO DELGADO RIVERA	SINTRASALUD	(...) no cuenta ni ha contado con vínculo con la ESE POPAYAN, sino con el Sindicato Sintrasalud (...)
ANA GUTIERREZ MILETH	OPS	(...) queremos dejar claro que el tipo de contrato es un contrato civil claro con una fecha de terminación estipulado (...)
SANDRA BARBOSA	SINTRASALUD	(...)No tuvo vínculo laboral alguno con la ESE POPAYÁN sino con el Sindicato Sintrasalud(...)
FREDY PERAFAN	OPS	(...)contrato civil con fecha de terminación en el término estipulado(...)
MARIA DEL MAR FRANCO	OPS	(...) contra ella cursa un proceso por inconsistencia en las planillas de pago presentadas (...)
WILLIAM PAZ PERLAZA	OPS	(...) encuentra en calidad de afiliado participe del sindicato de Trabajos Unidos por la Prosperidad Sintraumpros (...)
LUIS ANGEL ARTEAGA	OPS	(...)terminado por mutuo acuerdo entre las partes(...)

De lo anterior es claro que los señores ANA ROJAS CALAPSU, LORENZO RIVERA DELGADO y SANDRA BARBOSA, se encontraban afiliados mediante un contrato de asociación Sindical por lo cual la responsabilidad de su vinculación como tal, se suscribe al sindicato SINTRASALUD al cual pertenecían en su momento, pues no existió una vinculación directa entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – POPAYÁN E.S.E., identificada con Nit No. 900.145.579-1 y las tres personas referidas en el escrito de la queja, situación en la el Despacho no se pronunciará por carecer de elementos de Juicio válidos que permitan vislumbrar la vinculación real y que difiere de la expuesta por señor CARLOS JAVIER TIMANA PEÑA como presidente del Sindicato de Trabajadores y Empleados al Servicio de la Empresa Social del Estado Popayán “SINTRAESEPOPAYAN”.

Respecto de los Señores ANA MILETH GUTIERREZ, FREDY PERAFAN, MARIA DEL MAR FRANCO, WILLIAM PAZ PERLAZA y LUIS ANGEL ARTEAGA se tiene que fueron vinculados mediante OPS las cuales obran en el expediente y en las cuales se evidencia que pactaron un plazo para la ejecución de las mismas, es importante establecer que el artículo 1551 del Código Civil, indica que «el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación». Pero desde una perspectiva amplia, que abarca las obligaciones y los derechos, se trata de un hecho futuro y cierto del que pende el nacimiento o extinción de aquellas y de éstos; para el caso de las ordenes de prestación de servicios suscritas se evidencia que el plazo fue debidamente determinado. Ahora bien, se advierte que el plazo de un contrato es fijado por las partes teniendo en cuenta el tiempo preciso que se requiere para el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y la ejecución del objeto contractual, determinando la existencia misma del negocio jurídico, pues vencido el plazo, este se extingue. Por ello, una vez se pacta, resulta imperativo cumplir las prestaciones en ese lapso. En los contratos de las entidades estatales, los plazos juegan un papel importante en la vida de los mismos, pues influyen en los actos de ejecución, señalando su periodo máximo de duración; en materia de contratos funge el principio del *pacta sunt servanda*, conforme al cual el contrato es ley para las partes

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

y debe ser ejecutado en la forma y términos pactados, por lo que las estipulaciones acordadas por ellas al celebrarlo, deben prevalecer durante todo el término de su ejecución, y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; lo que se traduce, en consecuencia, en que una de las partes no puede, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente, y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo, El plazo hasta que llegue el día fijado, configurará el momento en el cual se podrá ejercer el derecho y exigir la obligación; a su vez puede ser extintivo, cuando el derecho o la obligación subsisten sólo hasta el cumplimiento del término fijado, llegado el cual, aquellos se extinguirán, Además, como lo entiende la doctrina, “[l]os plazos son perentorios, es decir, que su vencimiento se produce *ministerio legis* sin necesidad de interpelación o declaración alguna” [Bercaitz, Miguel Ángel, “Teoría General de los Contratos Administrativos”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1980, pg. 303]. En relación con el tema, ha dicho la jurisprudencia:

Por otra parte, también ha reconocido la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado , Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente No. 18169 Consejera Ponente Ruth Stella Correa, reiterada en sentencia del 29 de agosto de 2012, expediente 25390, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth, que (...) “ninguna de las partes de un contrato está obligada a prorrogar o suscribir un contrato adicional al mismo en tiempo o en valor, salvo que la ley lo prevea expresamente, o que en el propio contrato se acuerde claramente, estipulación que en este último caso debe estar ajustada a la ley” . Por lo demás, una vez cumplido el término fijado en el contrato o la prórroga del mismo pactada por las partes, se producirá la terminación del negocio jurídico, por vencimiento de su plazo.

Con fundamento en lo expuesto, observa el despacho que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – POPAYÁN E.S.E., identificada con Nit No. 900.145.579-1, dio cabal cumplimiento a las obligaciones contractualmente suscritas obedeciendo al principio del *pacta sunt servanda* donde el contrato es ley para las partes, además en las actas de liquidación que obran en el expediente dan cuenta de que fueron ejecutados en la forma y términos pactados.

De todo lo expuesto se puede colegir que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – POPAYÁN E.S.E., identificada con Nit No. 900.145.579-1; con domicilio en la Calle 5 con carrera 14 Esquina, dio cumplimiento a lo pactado en las respectivas ordenes de prestación de servicios y que las acciones tomadas respecto a los trabajadores vinculados bajo esta modalidad de contratación, no vulnera el derecho de asociación, pues no se trató de un despido sino de la terminación de una relación contractual debidamente suscrita entre las partes y en las cuales medió claramente la fecha de terminación de las OPS; adicionalmente con la evidencia que reposa en el expediente se pudo verificar que obran actas de liquidación de las OPS suscritas entre las partes y conforme a lo expuesto por la averiguada, se cumplió con el objeto y plazo contractual.

Finalmente este Despacho se permite informar a las partes jurídicamente interesadas que esta Dirección Territorial Cauca dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, toda vez que la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social se encuentra vigente (Resolución 1462 de 2020 por medio de la cual se estableció la prórroga de la emergencia sanitaria por Covid-19 hasta el próximo 30 de noviembre de 2020), razón por la cual la notificación del presente acto administrativo se realizara por medios electrónicos, no obstante en el caso que no pueda surtir de la forma

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”

antes señalada, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Conforme al análisis de las pruebas allegadas a la averiguación preliminar, siguiendo los lineamientos del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, Resolución 1610 de 2013, no existe camino distinto para esta Coordinación que el de ordenar el archivo del expediente. Por lo anteriormente expuesto, este despacho.

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Ordenar el ARCHIVO, de la Averiguación Preliminar comisionada mediante auto número Auto 0068 de 4 de julio de 2017, adelantada en contra de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – POPAYÁN E.S.E., identificada con Nit No. 900.145.579-1; con domicilio en la Calle 5 con carrera 14 Esquina, en la ciudad de Popayán departamento del Cauca, dirección de correo autorizado coordinacionpopayan@esepopayan.gov.co por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

ARTICULO SEGUNDO: NOTIFIQUESE a las partes jurídicamente interesadas, PARTE AVERIGUADA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – POPAYÁN E.S.E., identificada con Nit No. 900.145.579-1; con domicilio en la Calle 5 con carrera 14 Esquina, en la ciudad de Popayán departamento del Cauca, dirección de correo autorizado coordinacionpopayan@esepopayan.gov.co y a la PARTE QUEJOSA SINTRAESEPOPAYAN, en la Calle 5 # 15-57, dirección de correo sintraesepopayan2016@hotmail.com, el contenido del presente acto administrativo, de acuerdo con lo señalado en el Decreto 491 de 2020 artículo 4 y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

ARTICULO TERCERO: INFORMAR a las partes jurídicamente interesadas, PARTE AVERIGUADA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – POPAYÁN E.S.E., identificada con Nit No. 900.145.579-1; y a la PARTE QUEJOSA SINTRAESEPOPAYAN, 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.

ARTICULO CUARTO: Cumplido lo anterior, y al no presentarse ningún recurso archívese la presente AVERIGUACION PRELIMINAR

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

“POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UNA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR”



CARMEN ELENA REPIZO PRADO
Coordinador de Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia, Control,
Resolución de Conflictos – Conciliación

Elaboró: Milena T.

Reviso/ Aprobó: Carmen Elena R.