

RE: Aportamos Resolucion del Ministerio de Trabajo Radicado No. 296 de 2019 De: Roció Beredi Hernández Silvera Contra: Supentiendas y Droguerías Olímpica SA "Olímpica SA" y Otros

Juzgado 11 Laboral Circuito - Atlántico - Barranquilla <lcto11ba@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 21/02/2023 11:47 AM

Para: Luis Jacob Jaramillo Castro <luisjacob24@hotmail.com>

Buenos días, se acusa recibido

IMPORTANTE

*Tenga en cuenta que el horario de **RECEPCIÓN** en este buzón electrónico es de lunes a viernes de **7:30 AM a 4:00 PM**, cualquier documento recibido posterior a esta última hora, será radicado con fecha del siguiente día hábil.*

De: Luis Jacob Jaramillo Castro <luisjacob24@hotmail.com>

Enviado: martes, 21 de febrero de 2023 11:13 a. m.

Para: Juzgado 11 Laboral Circuito - Atlántico - Barranquilla <lcto11ba@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Itala Osorio <losorio@Olimpica.Com.Co>; Acastillogutierrez <Acastillogutierrez@Hotmail.Com>

Asunto: Aportamos Resolucion del Ministerio de Trabajo Radicado No. 296 de 2019 De: Roció Beredi Hernández Silvera Contra: Supentiendas y Droguerías Olímpica SA "Olímpica SA" y Otros

 [Memorial y Resolucion.pdf](#)

Barranquilla, Febrero 21 de 2023

Señores

JUZGADO ONCE (11) ABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

lcto11ba@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Laboral Ordinario

Radicado No. 296 de 2019

De: Roció Beredi Hernández Silvera

Contra: Supentiendas y Droguerías Olímpica SA "Olímpica SA" y Otros.

Actuación: Aportamos Resolución No. 0217 de Febrero 10 de 2023 del Ministerio de Trabajo donde Resuelven sancionar a Olímpica SA y a Gestión y Operaciones de la Costa SAS

LUIS JACOB JARAMILLO CASTRO, mayor de edad, con domicilio profesional en la Carrera 48 No. 76-81 Piso 11 Of. 3 Edificio Kairo de Barranquilla Departamento del Atlántico, abogado titulado e inscrito, identificado con la CC. No. 8.667.238 expedida en Barranquilla y portador de la TP. No. 132.274 del Consejo Superior de la Judicatura, Celular 3114108651, Correo Electrónico: **luisjacob24@hotmail.com**, actuando en este caso a nombre y representación de la señora **Roció Beredi Hernández Silvera** y según el asunto de la referencia por medio del presente escrito, estamos solicitando tal como se acredita mediante escritura de poder y en mi condición de apoderado judicial de la parte Actora, ante este Juzgado comparezco y como mejor en Derecho procedo.

- A **Supertiendas y Droguerías Olímpica SA**, con domicilio en la Calle 53 No. 46-192 Local 3-01 de Barranquilla, y Correo Electrónico para notificaciones: **iosorio@olimpica.com.co**
- A **Gestión y Operaciones de la Costa SAS**, con domicilio en la Calle 76 No. 49-08 Oficina 103 y Correo Electrónico para notificaciones: **acastillogutierrez@hotmail.com**

Fa

FaFavor acusarme el recibido de la presente

Barranquilla, Febrero 21 de 2023

Señores

JUZGADO ONCE (11) ABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

lcto11ba@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.

S.

D.

Laboral Ordinario

Radicado No. 296 de 2019

De: Roció Beredi Hernández Silvera

Contra: Supentiendas y Droguerías Olímpica SA “Olímpica SA” y Otros.

Actuación: Aportamos Resolución No. 0217 de Febrero 10 de 2023 del Ministerio de Trabajo donde Resuelven sancionar a Olímpica SA y a Gestión y Operaciones de la Costa SAS

LUIS JACOB JARAMILLO CASTRO, mayor de edad, con domicilio profesional en la Carrera 48 No. 76-81 Piso 11 Of. 3 Edificio Kairo de Barranquilla Departamento del Atlántico, abogado titulado e inscrito, identificado con la CC. No. 8.667.238 expedida en Barranquilla y portador de la TP. No. 132.274 del Consejo Superior de la Judicatura, Celular 3114108651, Correo Electrónico: luisjacob24@hotmail.com, actuando en este caso a nombre y representación de la señora **Roció Beredi Hernández Silvera** y según el asunto de la referencia por medio del presente escrito, estamos solicitando tal como se acredita mediante escritura de poder y en mi condición de apoderado judicial de la parte Actora, ante este Juzgado comparezco y como mejor en Derecho procedo a:

- Con la presente, estamos aportando al expediente, la presente Resolución No. 0217 de Febrero 10 de 2023 donde el Ministerio de Trabajo Resuelve sancionar con multas pecuniarias a **Olímpica SA** y a **Gestión y Operaciones de la Costa SAS**.
- A **Supentiendas y Droguerías Olímpica SA**, con domicilio en la Calle 53 No. 46-192 Local 3-01 de Barranquilla, y Correo Electrónico para notificaciones: iosorio@olimpica.com.co
- A **Gestión y Operaciones de la Costa SAS**, con domicilio en la Calle 76 No. 49-08 Oficina 103 y Correo Electrónico para notificaciones: acastillogutierrez@hotmail.com
- Lo anterior, para que sea tenido en cuenta por el despacho al momento de proferir su Sentencia.

Atentamente,



LUIS JACOB JARAMILLO CASTRO

CC. No. 8.667.238 de Barranquilla

TP. No. 132.274 del C.S de la J.



14732298

MINISTERIO DEL TRABAJO
TERRITORIAL DE ATLANTICO
GRUPO DE PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL – TERRITORIAL

Radicación: 11EE2019740800100007062 DEL 28/08/2019

Querellante: ROCIO BEREDI HERNANDEZ SILVERA

Querellado: SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A.- OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR SAS - EST GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA SAS - EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO - EN LIQUIDACION

RESOLUCION No 0217
(Barranquilla 10 de febrero de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio”

EL INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DEL GRUPO DE PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL ATLANTICO

En uso de sus facultades legales, en especial las otorgadas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Código Sustantivo del Trabajo, Resoluciones Ministeriales 4283 de diciembre 23 de 2003, 3238 de noviembre 3 de 2021, 3455 de noviembre 16 de 2021, y previo los siguientes

Mediante queja radicada con número 11EE2019740800100007062 de 28 de agosto de 2019 la ciudadana ROCIO BEREDI HERNANDEZ SILVERA identificada con Cedula número 32735510, puso en conocimiento del ministerio de trabajo un presunto incumplimiento de la norma laboral, correspondiente a la aparente terminación unilateral del contrato de trabajo de la querellante, quien a juicio de su abogado cuenta con estabilidad laboral reforzada. Además, se denunció una presunta intermediación laboral ilegal por parte de las empresas querelladas, aportando con su querrela documentos anexos.

Mediante Auto No. 02253 del 1 de noviembre de 2019 se ordenó la apertura de una averiguación preliminar en contra de **SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A.** Identificada con NIT 890.107.487 – 3, **OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR S.A.S.** identificada con Nit 900.445.786 - 5, **GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S.** identificada con Nit. 901.067.786 -7, **EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO - EN LIQUIDACION** identificada con Nit 830081051 – 3 y **CINCO DIAMANTES S.A.S.** identificada con Nit. 900445944 - 2 y se ordenó la práctica de unas pruebas.

El citado Auto fue comunicado mediante oficios 08SE2019730800100008119, 08SE2019730800100008122, 08SE2019730800100008118, 08SE2019730800100008116, 08SE2019730800100008126, 08SE2019730800100008245, de 5, 6, 8 y 9 de noviembre de 2019 respectivamente.

Mediante radicado 11EE2019730800100009318 de 12 de noviembre de 2019 la empresa SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A. con Nit. 890.107.487 -3 efectuó pronunciamiento a lo manifestado en la querrela de acuerdo con lo ordenado mediante el auto 02253 del 1 de noviembre de 2019.

Mediante radicado 11EE2019730800100008406 de 15 de noviembre de 2019, la empresa GESTION Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.768 – 7 efectuó pronunciamiento a lo manifestado en la querrela de acuerdo con lo ordenado mediante el auto 02253 del 1 de noviembre de 2019.

No se evidencia en expediente que las empresas CINCO DIAMANTES S.A.S., OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR SAS NIT: 900445786 y la PRECOOPERATIVA de trabajo asociado EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO EN LIQUIDACION hayan cumplido con el informe ordenado por esta autoridad de policia administrativa mediante el auto 02253 del 1 de noviembre de 2019.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

1. Certificados de Existencia y Representación Legal (folios 10 al 39)
2. Poder especial otorgado por la querellante
3. Solicitud de admisión Precooperativa el Éxito en Mantenimientos y Servicios.
4. Acuerdo cooperativo de trabajo asociado Precooperativa el Éxito en Mantenimientos y Servicios.
5. Protocolo de conformidad del asociado Precooperativa el Éxito en Mantenimientos y Servicios.
6. Certificación expedida por CINCO DIAMANTES SAS del 25 de abril de 2019.
7. Otro si contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre operador de cadena de suministros y servicios logísticos SAS y Rocío Hernández Silvera.
8. Contra Individual de Trabajo por la Duración de una Obra o Labor Determinada y anexo (cláusula adicional)
9. Historia Laboral expedida por Porvenir.
10. Informe presentado por el Dr. Fernando Rocha Arrieta en representación de SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A. en obediencia a lo ordenado en el auto 02253 del 1 de noviembre de 2019.
11. Informe presentado por el Dr. ALVARO PIO CASTILLO GUTIERREZ en representación de GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.786 -7. en obediencia a lo ordenado en el auto 02253 del 1 de noviembre de 2019.
12. Informe médico ocupacional de aptitud – Examen médico ocupacional de Ingreso.
13. Formulario de Reporte de Novedades Combarranquilla.
14. Consulta afiliados – Base de datos ADRES.
15. Certificado expedido por Porvenir S.A.
16. Certificado expedido por COLFONDOS.
17. Certificado de Radicación de Afiliación de 13 de mayo de 2019 expedido por ARL POSITIVA.
18. Certificado de Aportes en línea.
19. Comprobante de pago a nombre de la querellante periodo 10-2019
20. Comprobante de pago a nombre de la querellante periodo 11-2019
21. Finalización de Contrato por terminación de la obra o labor contratada de 18 de junio de 2019.
22. Oficio dirigido a la caja de compensación de 18 de junio de 2019 informando retiro de la trabajadora.
23. Constancias de envío de la empresa Servientrega.
24. Liquidación final de prestaciones sociales de 30 de junio de 2019.
25. Pago de Nómina de la empresa GESTICA S.A.S. – Desprendible Bancolombia.
26. Resolución 6107 de 24 de octubre de 2017 mediante la cual se le concede licencia para la prestación de servicios en Seguridad y Salud en el Trabajo a VIVIAN CATALINA MONTAÑEZ HERNANDEZ.
27. Manual de Seguridad y Salud en el Trabajo GESTICA S.A.S.
28. Oficios de comunicación de auto 02253 del 1 de noviembre de 2019

Que mediante oficio con el radicado interno N° 08SE2022730800100007462 del 29 de junio de 2022 emanado de la Dirección Territorial del Atlántico, se ordenó dar por terminada la Averiguación Preliminar estableciéndose que existía merito para adelantar Procedimiento Administrativo Sancionatorio contra las empresas SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A. Identificada con NIT 890.107.4873, OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR S.A.S. identificada con Nit 900.445.786 - 5, GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.786 -7, EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO - EN LIQUIDACION identificada con Nit 830081051 – 3 CINCO DIAMANTES S.A.S. identificada con Nit. 900445944 – 2.

Que este Despacho, mediante Auto No. 01224 de 28 de junio de 2022 (fl.383-385), no susceptible de recurso alguno, dispuso formular cargos a las empresas SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.- OLIMPICA S.A. Identificada con NIT 890.107.487 – 3, OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR S.A.S. identificada con Nit 900.445.786 - 5, GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.786 -7, EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO - EN LIQUIDACION identificada con Nit 830081051 – 3 CINCO DIAMANTES S.A.S. identificada con Nit. 900445944 – 2, por la presunta violación de normas laborales.

Que mediante Auto No 1245 de 06 de Julio de 2022, se procedió a REASIGNAR la Averiguación Preliminar y/o Procedimiento Administrativo Sancionatorio al Inspector de Trabajo y Seguridad Social, doctor ALCIDES MENDOZA BERMUDEZ.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

Que el mentado Auto fue notificado de conformidad con lo establecido en el Artículo 66 de la Ley 1437 de 2011, a cada uno de los querellados, entre ellos, el día 03 de agosto de 2022, se surtió el trámite de notificación personal al doctor **VICTOR HILARIO OROZCO GUERRERO**, en su calidad de apoderado de la empresa SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.- OLIMPICA S.A, Identificada con NIT 890.107.487 - 3, como se evidencia en el folio 400 del presente expediente.

I. FORMULACIÓN DE CARGOS

Que este Despacho, mediante Auto No. 01224 de 28 de junio de 2022 (fl.383-385), se formularon cargos en contra de las empresas SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A. Identificada con NIT 890.107.487 - 3, OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR S.A.S. identificada con Nit 900.445.786 - 5, GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.786 -7, precooperativa EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO - EN LIQUIDACION identificada con Nit 830081051 - 3 CINCO DIAMANTES S.A.S. identificada con Nit. 900445944 - 2, de las normas laborales descritas en los siguientes cargos:

CARGO PRIMERO: Considerando que las empresas CINCO DIAMANTES S.A.S., OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR SAS NIT: 900445786 y la PRECOOPERATIVA de trabajo asociado EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO EN LIQUIDACION presuntamente no cumplieron con lo ordenado por esta autoridad de policía administrativa mediante el auto 02253 del 1 de noviembre de 2019 considera este despacho que podrían haber incurrido en incumplimiento de lo establecido en el numeral 1 del artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 486 CST. Subrogado D.L. 2351, ART. 41. Atribuciones y sanciones.

1. Modificado. L. 584/2000, art. 20. 1. los funcionarios del Ministerio de Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los empleadores, para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de los libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos. (...)"

En este sentido se tiene que mediante auto 02253 del 1 de noviembre de 2019 se ordenó a las empresas vinculadas a la investigación SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A. Identificada con NIT 890.107.487 - 3, OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR S.A.S. identificada con Nit 900.445.786 - 5, GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.786 -7, EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO - EN LIQUIDACION identificada con Nit 830081051 - 3 CINCO DIAMANTES S.A.S. identificada con Nit. 900445944 - 2, pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la querrela y aportar las pruebas del cumplimiento de sus obligaciones, por lo que se le solicitó a las empresas querelladas informaciones pertinentes a su misión, sin embargo, se evidencia dentro del expediente que al parecer hicieron caso omiso a lo ordenado, las empresas OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR S.A.S. identificada con Nit 900.445.786 - 5, CINCO DIAMANTES S.A.S. identificada con Nit. 900445944 - 2 y la precooperativa EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO - EN LIQUIDACION identificada con Nit 830081051 - 3.

CARGO SEGUNDO: Se formula este cargo en contra de la empresa GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. por cuanto revisado el Contrato Individual de Trabajo por Duración de una Obra o Labor Determinada celebrado entre la trabajadora ROCIO BERIDI HERNANDEZ SILVERA y la empresa GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.786 -7 - GESTICA S.A.S. celebrado el 16 de mayo de 2019, encuentra esta autoridad administrativa que al parecer existió un incumplimiento a lo establecido en el artículo 28 y en el numeral 9 del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que dentro del PARAGRAFO CUARTO de la cláusula SEGUNDA de dicho documento se estableció que:

"cuando por causa emanada directa o indirectamente de la relación contractual existan obligaciones de tipo económico a cargo del TRABAJADOR y a favor del EMPLEADOR, correspondientes a pérdidas económicas generadas con ocasión del ejercicio y desarrollo de sus funciones; y/o por cualquier otro concepto que se derive de la acción u omisión del trabajador (a), el EMPLEADOR queda autorizado desde el inicio del contrato de trabajo a efectuar las deducciones a que hubiese lugar del salario y prestaciones sociales en cualquier tiempo y, más concretamente, a la terminación del contrato de trabajo. Entendiendo expresamente las partes que la presente autorización cumple las condiciones de orden escrita previa para los descuentos aplicable para cada caso".

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

Frente a lo transcrito, se debe tener en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, que se señala presuntamente incumplido por el investigado, establece:

"Art. 28. - El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas"

En el mismo sentido el numeral 9 del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que está prohibido al patrono *"Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad"*

CARGO TERCERO: Considera esta autoridad administrativa formular cargos a las empresas GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.786 -7 - GESTICA S.A.S. y SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A. Identificada con NIT 890.107.487 - 3 por incumplimiento a las normas de intermediación laboral, en el entendido de que dentro de escrito con radicado 11EE201973080010009408 de 15 de noviembre de 2019, la Sociedad Gestión y Operación de la Costa S.A.S. - GESTICA S.A.S., manifiesta, en referencia a los hechos 2° y 3° de la querella que la señora ROCIO HERNANDEZ prestó sus servicios a dicha sociedad desde el 16 de mayo de 2019 al 19 de junio de ese mismo año, mediante contrato de trabajo por duración de una obra o labor determinada.

Manifiesta refiriéndose al 3° de los hechos de la querella que GESTICA S.A.S., en desarrollo de su objeto social, celebró acuerdo comercial con Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. para participar en el proceso de atención al cliente en el área de bodega. Como consecuencia de este acuerdo comercial, Gestica SAS vinculó al proceso de atención al cliente en el área de bodega a la señora Rocio Hernandez para que prestara el servicio durante un (1) mes y tres (3) días y al finalizar esta obra, el contrato terminó.

Agrega que durante el tiempo que la señora Hernandez S. estuvo vinculada a Gestica SAS, al proceso de atención al cliente en el área de bodega se desempeñó como Auxiliar multifuncional, con funciones tales como:

- Comprar de productos cárnicos los lunes, miércoles y viernes.
- Ingreso de información al sistema SAP.
- Control en la producción de almuerzo (cantidades y porciones).
- Pedidos a proveedores de productos desechables.
- Venta de Bonos de almuerzo.

Y adiciona a lo anterior lo siguiente *"Le aclaramos al Despacho que Gestica SAS no es una empresa de servicios temporales. El Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de comercio de Barranquilla, registra la naturaleza jurídica de esta empresa, siendo una Sociedad por Acciones Simplificadas, y su objeto social tiene establecido diferentes actividades de tipo comercial lícitas, que oferta a los clientes, mediante procesos y subprocesos organizados con autonomía técnica y administrativa.*

(...)"

Revisado el Certificado de Existencia y representación legal expedido el 16 de octubre de 2019, a folio 120 del expediente, encuentra esta autoridad administrativa que dentro del objeto social de la sociedad SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A. se encuentra *"compra, venta, importación, exportación, transformación, empaque, producción y en general el comercio de alimentos y comestibles, bebidas, medicamentos, cosméticos, artículos y aparatos para el hogar, papelería y libros. (...)"* además de otras actividades. Lo cual coincide con las funciones que la querellante ejercía, según Gestica S.A.S. a favor de la sociedad OLIMPICA S.A. en las instalaciones de la empresa evidenciándose, al parecer, como beneficiario.

Considera el despacho que al parecer la empresa GESTICA S.A.S. ejerció la actividad de intermediación laboral sin estar autorizada para hacerlo.

Frente a lo descrito renglones arriba, el artículo 95 de la ley 50 de 1990 establece:

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

"ARTÍCULO 95. La actividad de Intermediación de empleo podrá ser gratuita u onerosa pero siempre será prestada en forma gratuita para el trabajador y solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social."

II. PRUEBAS ALLEGADAS A LA ACTUACIÓN

29. Certificados de Existencia y Representación Legal (folios 10 al 39)
30. Poder especial otorgado por la querellante
31. Solicitud de admisión Precooperativa el Éxito en Mantenimientos y Servicios.
32. Acuerdo cooperativo de trabajo asociado Precooperativa el Éxito en Mantenimientos y Servicios.
33. Protocolo de conformidad del asociado Precooperativa el Éxito en Mantenimientos y Servicios.
34. Certificación expedida por CINCO DIAMANTES SAS del 25 de abril de 2019.
35. Otro si contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre operador de cadena de suministros y servicios logísticos SAS y Rocio Hernández Silvera.
36. Contra Individual de Trabajo por la Duración de una Obra o Labor Determinada y anexo (cláusula adicional)
37. Historia Laboral expedida por Porvenir.
38. Informe presentado por el Dr. Fernando Rocha Arrieta en representación de SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A. en obediencia a lo ordenado en el auto 02253 del 1 de noviembre de 2019.
39. Informe presentado por el Dr. ALVARO PIO CASTILLO GUTIERREZ en representación de GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.786 -7. en obediencia a lo ordenado en el auto 02253 del 1 de noviembre de 2019.
40. Informe médico ocupacional de aptitud – Examen médico ocupacional de Ingreso.
41. Formulario de Reporte de Novedades Combarranquilla.
42. Consulta afiliados – Base de datos ADRES.
43. Certificado expedido por Porvenir S.A.
44. Certificado expedido por COLFONDOS.
45. Certificado de Radicación de Afiliación de 13 de mayo de 2019 expedido por ARL POSITIVA.
46. Certificado de Aportes en línea.
47. Comprobante de pago a nombre de la querellante periodo 10-2019
48. Comprobante de pago a nombre de la querellante periodo 11-2019
49. Finalización de Contrato por terminación de la obra o labor contratada de 18 de junio de 2019.
50. Oficio dirigido a la caja de compensación de 18 de junio de 2019 informando retiro de la trabajadora.
51. Constancias de envío de la empresa Servientrega.
52. Liquidación final de prestaciones sociales de 30 de junio de 2019.
53. Pago de Nómina de la empresa GESTICA S.A.S. – Desprendible Bancolombia.
54. Resolución 6107 de 24 de octubre de 2017 mediante la cual se le concede licencia para la prestación de servicios en Seguridad y Salud en el Trabajo a VIVIAN CATALINA MONTAÑEZ HERNANDEZ.
55. Manual de Seguridad y Salud en el Trabajo GESTICA S.A.S.
56. Oficios de comunicación de auto 02253 del 1 de noviembre de 2019

III. DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Que la doctora LIGIA CIELO ROMERO MARIN en calidad de apoderada de la Empresa Sociedad GESTION y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S – GESTICA S.A.S. manifestó dentro de los descargos lo siguiente:

- *Frente al cargo primero no nos pronunciamos dado que no están dirigidos a la entidad que represento.*
- *Frente al cargo segundo, precisamos que la señora ROCIO BEREDI HERNANDEZ SILVERA, celebró contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada con la empresa Gestión y Operación de la Costa SAS, el cual tuvo vigencia del 16 de mayo de 2019 hasta el 19 de junio de 2019, es decir, sólo laboró un mes y tres días.*

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

Mientras se mantuvo vigente la relación laboral, esto es entre el 16 de mayo de 2019 hasta el 19 de junio de 2019, la señora HERNANDEZ SILVERA no asumió ningún riesgo o pérdida de carácter económico de su empleadora GESTICA SAS.

Gestica SAS es una entidad cumplidora del ordenamiento jurídico, y desde que contrató a la señora HERNANDEZ SILVERA le canceló en tiempo oportuno y de manera completa los salarios, las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social integral, para lo cual aportamos comprobantes de pago de nómina, liquidación final de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral.

En ese orden de ideas, y como se puede observar con las documentales aportadas, Gestica SAS en ningún momento ha vulnerado o restringido el derecho o la dignidad de la señora ROCIO BEREDI HERNANDEZ SILVERA.

- *Frente al cargo tercero, es preciso señalar y reiterar al señor Inspector, que la empresa GESTION Y OPERACIÓN DE LA COSTA SAS - GESTICA SAS no ha ejercido actividad de intermediación laboral, dado que no es una empresa de servicios temporales.*

Como en reiteradas ocasiones hemos indicado, GESTION Y OPERACIÓN DE LA COSTA SAS - GESTICA SAS es una Sociedad por Acciones Simplificada, cuya naturaleza demostramos con el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio que anexamos a la empresa y cuyo objeto social a la letra dice:

"OBJETO SOCIAL. La sociedad tiene por objeto: OBJETO SOCIAL: La sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita, en especial las siguientes: (i) Administración, operación y prestación de servicios integrales de aseo, limpieza y mantenimiento de establecimientos de Comercio en general y en particular de comercio minorista (i i) Administración, operación y prestación de servicios integrales de logística y de operación logística con proveedores en puntos de venta a establecimientos de comercio en general y en particular de comercio minorista; (i i i) Administración, operación y prestación de servicios integrales de recaudo y operación de cajas registradoras a establecimientos de comercio en general y en particular de comercio minorista; Administración, operación y prestación de servicios integrales de manejo, operación y atención de unidades de carnicería o expendios de carne en puntos de venta de establecimientos de comercio en general y en particular de comercio minorista; (v) Administración, operación y prestación de servicios integrales de difusión de mensajes publicitarios y avisos comerciales en establecimientos de comercio en general y en particular comercio minorista; (vi) Administración, operación y prestación de servicios integrales de empaque de mercaderías en puntos de venta de establecimientos de comercio en general y en particular de comercio minorista. (vi i) Gestión, administración y prestación de servicios de apoyo y soporte a procesos administrativos, operativos, logísticos y "back office. (vi i i) Gestión de procesos y/o gestión del conocimiento como recurso externo de organizaciones de dis tinta índole. En desarrollo de su objeto principal, la sociedad podrá realizar todos los actos necesarios, directos o indirectos que tiendan a cumplirlo, así como a cumplir las obligaciones y ejercer los derechos derivados de su existencia. "

De igual forma, la empresa GESTION Y OPERACIÓN DE LA COSTA SAS GESTICA SAS tiene un contrato de cuentas en participación con la empresa Olímpica SA, contrato que es válido y admitido por la legislación colombiana, y en la cual Gestica SAS coloca al personal calificado, y Supertiendas Olímpica el establecimiento de comercio y artículos para la venta.

En el ordenamiento jurídico colombiano se permite que las empresas, en aras de desarrollar su objeto social, puedan celebrar acuerdos privados. Por ello, Gestica SAS, dada su experiencia, celebró con

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

la Sociedad Supertiendas y Droguerías Olímpica SA, un - Contrato de Cuentas en Participación- para aportar sus conocimientos en el funcionamiento de negocios en comercio minorista, en cuanto al manejo autónomo del recurso humano, necesario para la operación de los puntos de venta.

En virtud de las actividades propias del objeto social de Gesticas SAS, esta sociedad presta sus servicios con sus propios trabajadores, bajo su responsabilidad y riesgo y con autonomía técnica y directiva, en los procesos de atención al cliente, y en algunas áreas determinadas, donde se desempeñan algunos trabajadores de la empresa.

Por tal razón, la señora HERNANDEZ SILVERA hizo parte del proceso de atención al cliente en el área de bodega, perteneciente a Gesticas SAS en el periodo comprendido desde el 16 de mayo de 2019 hasta el 18 de junio de 2019, fecha que concluyó la obra o labor para la cual fue contratada como fue el incremento de las ventas por los meses de mayo y gran parte del mes de junio de 2019, por la celebración del mes de la madre y del padre, tal como lo indica el contrato de trabajo que anexamos; siendo un trabajadora dependiente de mi representada, quien le impartió las ordenes, políticas y le pagó los salarios, vacaciones, prestaciones sociales y todas las acreencias laborales, así como los aportes al sistema de seguridad social integral

En el Contrato de Cuentas en Participación se establecieron las obligaciones de Gesticas SAS en cuanto a asumir como patrono el pago de lo derivado de la relación laboral con sus trabajadores, manteniendo indemne a Olímpica de todo reclamo relacionado con la fuerza laboral, como fue el caso de la señora HERNANDEZ SILVERA, quien recibió por parte de Gesticas SAS el pago de las acreencias laborales a su favor.

A manera de ilustración transcribimos la Cláusula Séptima del Contrato de Cuentas en Participación, mencionado.

"Obligaciones de Gesticas SAS. Además de las propias de su condición de Partícipe Inactivo, tendrá las siguientes: 1) Asumir, en su condición de único patrono el pago de todo lo derivado de la relación laboral, como los salarios y prestaciones sociales del personal que labore en los establecimientos de comercio, así como el cumplimiento completo de todos los deberes que tenga como patrono de tales empleados conforme a la legislación vigente, con excepción de los que deben ser pagados por Olímpica, según lo indicado en la Cláusula Sexta, numeral 7 anterior. 2) Efectuar con sus propios recursos las inversiones en capacitación del personal a su cargo en el desarrollo de Objeto del presente contrato. 3) Mantener indemne a OLIMPICA de todo reclamo relacionado con la fuerza laboral a cargo de Partícipe Inactivo. "

Como conclusión, la señora HERNANDEZ SILVERA fue trabajadora directa y dependiente de Gesticas SAS desde el 16 de mayo de 2019 hasta el 18 de junio de 2019, entidad que le pagó de manera oportuna y completa los salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales; así como los aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscalidad.

Por tanto, no es cierto que GESTION Y OPERACIÓN DE LA COSTA SAS GESTICA SAS sea una empresa temporal o que haya ejercido alguna actividad de intermediación sin autorización. La naturaleza jurídica de Gesticas SAS es la de una sociedad por acciones simplificada, tal como se encuentra probado en el Certificado de Existencia y Representación Legal aportado con este escrito.

Como consecuencia de lo anterior, mi representada actuó de buena fe en el caso que nos ocupa, y por ello solicitamos se exonere a mi representada de cualquier responsabilidad y pretensiones solicitadas por la querellante, así como de cualquier sanción con ocasión a este proceso administrativo sancionatorio y de formulación de cargos.

El doctor JAVIER ROCHA en calidad de apoderado de la EMPRESA OLIMPICA manifestó dentro de los descargos lo siguiente:

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO:

A través de auto No. 1224 del 28 de junio del 2022, se da el inicio de un proceso sancionatorio y la formulación de cargos en contra de la empresa SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA SA.

La anterior se basó en la interpretación que se hizo de las funciones que posiblemente desarrollaba la querellante y la comparación con el objeto social de la empresa SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA. Textualmente se afirma: "...encuentra esta autoridad administrativa que dentro del objeto social de la sociedad SUPERTIENDAS Y DROGUERAS OLIMPICA S.A. se encuentra compra, venta, importación, exportación, transformación, empaque, producción, y en general el comercio de comercio y comestible (...) Lo cual coinciden con las funciones que la querellante ejercía, según GESTICA S.A.S, a favor de la sociedad OLIMPICA S.A..." (lo subrayado es del autor)

Y posteriormente se afirma, sobre la posibilidad de una intermediación laboral no autorizada. Dando entender que la empresa GESTICA S.A.S, es una empresa temporal.

11.- EXPRESION CONCRETA DE LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD:

A mi juicio considero que la exposición del A quo que se transcribe en el auto 1224, es errada y, además existe lo siguientes:

- 4.1. Violación directa del artículo 486 del Código Sustantivo de Trabajo.
 - 4.1.1. Declaratoria de derechos
 - 4.1.2. Falta de Jurisdicción.
 - 4.1.3. Pérdida de la competencia.
 - 4.1.4. Exceso en el ejercicio de las funciones de policía administrativa.
- 4.2. Violación al principio de la Unidad de la prueba.
- 4-3. Violación al principio de la invisibilidad de la prueba.
- 4-4. Violación al principio de proporcionalidad.
- 4-5. Indebida o errada interpretación del tema de intermediación.

111. RAZONES Y FUNDAMENTOS JURIDICO DE NUESTRA INCONFORMIDAD:

Violación directa del artículo. 486 del Código Sustantivo de Trabajo.

- 5.1.1. Declaratoria de derechos individuales.

El artículo 486 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el DL. 2351/65 (art. 41) y modificado por la Ley 584/00 (Art. 20), en uno de sus apartes dispone lo siguientes:

"(...) Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces... ". (Subrayado es mío)

¿Porqué?

Los derechos individuales de una persona, está consagrado en el preámbulo de la Constitución de 1991, el cual reza:

"en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente"

Nuestro preámbulo tiene efecto vinculante, mes un principio y sirve para -cohesionar el sistema normativo, suministrar elementos de integración al mismo, contribuir a llenar vacíos jurídicos y, en general, guiar a las autoridades encargadas de aplicar las disposiciones legales. Y dado que el preámbulo fija las metas y el modo en que se ha desarrollar las instituciones jurídicas en el Estado Colombiano, se torna obligatorio el desarrollo de políticas públicas que permitan la garantía de la efectiva protección del derecho al trabajo para de este modo asegurar el establecimiento de un orden económico y social justo, según los postulados de nuestra carta política. (Leer sentencia C479/92, (342/10).

El trabajo no se toma como un ámbito económico únicamente, pues se debe considerar al ser humano desde sus diferentes dimensiones y no solamente como un instrumento de producción, de allí que al establecerlo como derecho se le otorga un ámbito de amparo que implica la posibilidad de accionar mecanismos legales para su protección, y además el deber del Estado de crear políticas sociales para la generación de empleos, la estabilidad y el desarrollo del trabajo, en condiciones idóneas que permitan desplegar el ámbito ocupacional del ser humano.

El derecho al trabajo garantizado por el Estado no solo encuentra su manifestación prioritaria en los artículos 1º 25 y 53 de nuestra carta política, sino también en otros, como el desarrollo del derecho a la igualdad del artículo 13, a través del cual se han creados nuevas categorías de protección y de materialización de ese derecho. Esa protección obliga a los jueces a garantizar y proteger ese derecho, y no puede suceder lo mismo con los policías administrativos, es de allí, que, al intentar proteger el trabajo como derecho, es cuando se infiere a declaratorias de protección del trabajo como un derecho individual.

Entonces, tenemos que, si existe una relación entre la querellante y su empleador, no comprendo como un cargo definido por su patrono tenga relación con el objeto social de la empresa que represento. La interpretación se da más como si fuera usuaria de los servicios que presta mi representada y no actividad que debía realizar.

La empresa OLIMPICA tiene un Departamento de compra, para ejercer las funciones de su objeto social, y no una persona que hace parte de una contratista y de acuerdo con el cargo de ella, pueda ejercer actividades distintas a la que ella señala.

Hacer la deducción o interpretación que se hace, son declaraciones de derechos individuales. Los cuales no le es permitido. Ya que interpreta un nexo causal entre el objeto social de una empresa y la actividad que desarrolla una persona dentro de una empresa diferente.

5.12. Falta de Jurisdicción.

5.1.3. Pérdida de la competencia.

5.1.4 Exceso en el ejercicio de las funciones de policía administrativa.

*"(...) Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces...".
(Subrayado es mío)*

La regla general en el presente u asunto es que las autoridades investidas del poder de policía administrativa carecen de competencia para solucionar conflictos propios del juez laboral.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

Para la fecha de terminación del contrato de trabajo (31 de diciembre del 2017) no se tenía conocimiento de ninguna calificación de pérdida de capacidad laboral fue estructura con posterioridad a tal terminación y con fecha de estructuración posterior a la terminación del contrato de trabajo.

El Ministerio de Trabajo a través de su oficina NO TIENE COMPETENCIA para definir si un trabajador está en estado de debilidad manifiesta y por ende si goza o no de estabilidad reforzada.

Nuestra jurisprudencia nos enseña, que es nitida y tajante la línea que separa la competencia de la jurisdicción ordinaria del trabajo y de los funcionarios administrativos. La primera tiene a su cargo el juzgamiento y decisiones de los conflictos jurídicos mediante juicios de valor que califiquen el derecho de las partes; los segundo ejercen funciones de policía administrativa para la vigilancia y el control del cumplimiento de las normas sociales; control que se refiere a situaciones objetivas y que no implica en ninguna circunstancia función jurisdiccional.

El Honorable Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent del 8 de octubre de 1986, determinó los alcances de las facultades de policía de los funcionarios administrativo de trabajo, en uno de sus apartes se expresó:

"(...) La función judicial procura la realización del derecho según lo alegado y probado en la respectiva Litis, o sea, dentro del marco estricto del conflicto de interés, donde habrá indudablemente un actor que invoca una pretensión y un demandado que se opone o no se allana. Cuando la policía ejerce su poder, o por mejor decir, se hace presente la función policiva, no dirime o desata la controversia que pueda existir entre sujetos de derecho. Ese no es su alcance y finalidad."

5-5. Violación al principio de la Unidad de la prueba.

Nos enseña este principio con respecto a la prueba, lo siguiente:

".. por el cual éstas deben valorarse en forma integral, porque de hacerlo en forma individual o separada los medios resultan insuficientes para establecer la verdad de los hechos y no pueden confrontarse a fin de determinar sus concordancias y divergencias con el asunto debatido" (Sentencia 2005-02808 del 15 de abril de 2010, C.P. María Claudia Rojas Lasso)

La violación de este principio radica en que solamente basa su posición en unas posibles funciones confrontándola con el certificado de existencia y representación legal de la empresa. Y no debe ser así.

5.6. Violación al principio de invisibilidad de la prueba.

Este principio tiene armonía con el anterior, la Honorable Corte Suprema de Justicia, sobre el particular expresó: "No resulta procedente dividir la prueba documental como si una parte de ésta demostrará un determinado hecho y otra parte del mismo documento acreditará otro hecho diferente." (Sentencia 55392015 del 6 de mayo de 2015, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno)

La violación a este principio radica, en que el sancionador solo tomo la prueba documental apartes que le podría convenir para su decisión. Es decir, que, dentro de las funciones de la actora, se encuentra la de: "Compra de productos cárnicos los lunes, miércoles y viernes... ". Haciendo con la o

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

comparación de las actividades desarrollada por la empresa como: "compra, transformación y producción". Lo cuales dudo que la actora desarrollaba esas actividades dentro de la empresa.

IV. INTERMEDIACION O TERCERIZACION.

Este es el asunto central en esta discusión, pero, primero debemos conocer de que trata de acuerdo con las interpretaciones y estudios que se han -realizados—alrededor de ella. Por cuanto ha generado confusión.

La alternativa 'denominada "tercerización" generalizó en el mundo y adquirió una connotación e importancia esencial para el desenvolvimiento de la economía y el desarrollo del mundo globalizado.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) aclaró lo que debe entenderse por subcontratación término equivalente a los varios que se utilizan para referirse al tema como el de outsourcing, tercerización y externalización, al separar el concepto en dos contenidos a los que puede dar lugar esa tercerización.

El primer sentido define la subcontratación de bienes y de servicios en que este tipo de tercerización es:

"aquella mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo; y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos "

En este tipo de relación prima la autonomía del tercero en cuanto al manejo de su propia empresa en aspectos administrativos, financieros y de recurso humano, con independencia de quien lo contrate, porque de lo que se trata es de producir un resultado final.

Definido el concepto, lo distingue del del de mano de obra y/o recurso humano, que tiene un contenido y alcance diferente, ya que aquí la OIT especifica que:

"el objetivo único o predominante es el suministro de mano de obra (y no de bienes y servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajan en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere"

En ese orden de ideas, no se debe confundir la subcontratación de bienes y de servicios con la laboral, que, aunque tienen en común el acudir a un tercero, se trata de dos situaciones con naturaleza y características diferente.

En nuestro caso, el tema ha sido confuso en su manejo y aplicación, lo que se acentuó con la expedición del Decreto 583 del 2016, que asimiló los dos tipos de tercerización en una sola, al unificarlas en un solo término que no se había utilizado en la legislación colombiana: 'tercerización laboral', entendida esta como "los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes y servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes" (D. 1072/15, art. 2.2.3.2.1, num. 60; D. 583/16, art. 1), habilitando de esta forma a toda persona natural o jurídica a manejar trabajadores a terceros bajo la figura de la tercerización de procesos de bienes y de servicios sin diferenciación alguna.

Ante la confusión generalizada, se presenta un antecedente reciente de una sentencia del Consejo de Estado (2218-2016), que anuló la parte de la definición y el alcance de ese Decreto 583 del 2016, haciendo una clara distinción de lo que debe entenderse en la legislación colombiana por "tercerización", que aplica a la de bienes y de servicios como resultado final, y la "intermediación

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

laboral", que se refiere al envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en sus actividades misionales permanentes.

En esa línea, el Ministerio del Trabajo expidió, la Resolución 2021, que distingue los dos conceptos, expresando en sus considerandos que:

"la figura de la tercerización, subcontratación u "outsourcing", se encuentra encaminada a que mediante una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes, a que requiere se le suministre bienes y /o servicios contrata a un tercero especializado para que satisfaga su necesidad, el cual ejecuta su actividad con autonomía e independencia, situación igualmente establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 34, el cual no solo establece lo señalado sino que presenta la figura de la solidaridad como garantía de los derechos de los trabajadores'.

Situación bien diferente a la de la "intermediación laboral", que debe entenderse como:

"el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades. Esta actividad únicamente podrá ser desarrollada por las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 hoy incorporado en el decreto único reglamentario número 1072 de 2015. Por lo tanto, esta actividad no está permitida a ninguna persona natural o jurídica que no esté debidamente acreditada como Empresas de Servicios Temporales a través de una autorización otorgada por este Ministerio y solo de adelantar en los casos que la Ley así lo haya autorizado'.

Ateniéndonos a las disposiciones vigentes, tenemos, de acuerdo con las distinciones reseñadas, la actividad de la "tercerización" está prevista para el caso de los contratistas independientes, las cooperativas de trabajo asociado, las empresas asociativas de trabajo y el contrato colectivo sindical. Basta con solo revisar el objeto social de cada una de estas figuras para constatarlo.

Y cuando se trata de "intermediación laboral", debe entenderse el envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en el desarrollo de sus actividades - misionales permanentes. Cabe preguntarse: ¿qué debe entenderse por ese tipo de actividades? Pues las propias del usuario contratante, o sea, las misionales permanentes, que, para el caso particular de la prestación del servicio temporal, se definen como "aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa" (D. 1072/15, art. 2.2.8.1.41, tercer párrafo).

En este contexto, la medida de temporalidad aplica a los Servicios específicos y concretos de colaboración que se presenten en la actividad de un tercero beneficiario de ese servicio, que la ley llama usuario, en los eventos o situaciones que se reseñan en la ley como remplazos de personal por diferentes razones, incrementos en la producción, ventas o transporte, sector agrícola y cualquier tipo de servicio (L. 50/90, art' 77), es decir, la medida de temporalidad no aplica al trabajador en misión, ni al cargo que este desempeña, ni al oficio, sino que corresponde a la naturaleza del evento previsto por la ley.

"De esta forma, y entendido correctamente el alcance de las disposiciones sobre tercerización e intermediación laboral, esta última se convierte en un importantísimo mecanismo de respuesta flexible de recurso de mano formal con todas las garantías de ley para atender pronta y eficazmente la necesidades de personal en unas economías dinámicas, movibles, fluctuantes e inciertas, en no pocos casos, con un trabajador misional, permanentemente rotativo, en la colaboración de actividades de terceros, pero con un vínculo laboral estable y directo con su verdadero empleador que por ley es la empresa de servicios temporales.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

En conclusión, al determinarse en el auto numero 1224 sobre la existencia de una intermediación laboral, de acuerdo con la expresión: "Considera el despacho que al parecer la empresa GESTICA SAS. Ejerció la actividad de intermediación sin estar autorizado para ello." y lo que determinó el inicio de la presente investigación, está alejado de la realidad, por cuanto se inobservó el objeto social de la contratista, ya que esta no realiza actividades como el envío de trabajadores en misión, para realizar actividades temporales. Y ante ello, es inexistente la intermediación que se predica. Y es necesario valorarse o determinarse que la naturaleza o finalidad de la obra contratada sean inherentes y también conexas con actividades ordinarias del beneficiario, ya que la responsabilidad solidaria no es ilimitada. Y se requiere que la actividad sea inherentes o conexas con la actividad ordinaria del beneficiario. Y no es el caso. Y en ese sentido no existe argumentos facticos ni razones de hechos ni de derecho para sancionar a una empresa que no realiza actividades de intermediación laboral.

Por otra parte, la parte querellante promovió demanda ordinaria laboral, en el cuál si se analiza la demanda, las afirmaciones son diferentes a la que expone en la querella.

Por lo tanto, al no existir intermediación, no puede ser sancionado la empresa que represento.

Que la doctora LIGIA CIELO ROMERO MARIN en calidad de apoderada de la EMPRESA GESTICA S.A.S manifestó dentro de sus alegatos lo siguiente:

1. Terminación del contrato de trabajo por causa objetiva, como lo fue la finalización de la obra o labor contratada.

Como puede advertirse de las pruebas documentales aportadas (contrato de trabajo) celebrado entre la querellante y la entidad que represento, se advierte sin duda alguna que la señora HERNANDEZ SILVERA había sido contratada para una actividad específica como era el incremento de las ventas en el área de bodega, y sólo fue entre el 16 de mayo de 2019 hasta el 18 de junio de 2019.

2. Inexistencia de conductas que trasgredan el artículo 28 y el numeral 9 del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo

La señora ROCIO BEREDI HERNANDEZ SILVERA, celebró contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada con la empresa Gestión y Operación de la Costa SAS, el cual tuvo vigencia del 16 de mayo de 2019 hasta el 19 de junio de 2019, es decir, sólo laboró un mes y tres días.

Mientras se mantuvo vigente la relación laboral, esto es entre el 16 de mayo de 2019 hasta el 18 de junio de 2019, la señora HERNANDEZ SILVERA no asumió ningún riesgo o pérdida de carácter económico de su empleadora GESTICA SAS, como tampoco en su querella aportó soporte alguno que así lo demuestre.

En los escasos 33 días que duró la relación laboral de la señora HERNANDEZ SILVERA con Gestica SAS, la empresa que represento no imputó pérdida alguna a la extrabajadora; por el contrario, Gestica SAS es una entidad cumplidora del ordenamiento jurídico, y desde que contrató a la señora HERNANDEZ SILVERA, precisamente por el incremento en las ventas en área de bodega, le canceló en tiempo oportuno y de manera completa los salarios, las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social integral, para lo cual aportamos comprobantes de pago de nómina, liquidación final de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral.

En ese orden de ideas, y como se puede observar con las documentales aportadas, Gestica SAS en ningún momento ha vulnerado o restringido el derecho o la dignidad de la señora ROCIO BEREDI HERNANDEZ SILVERA.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

3. Apoyo entre empresas para el desarrollo del objeto social.

El tercer cargo que se le formuló a la empresa Gestión y Operación de la Costa SAS mediante auto 1224 del 28 de junio de 2022 se centró en la presunción de ejercer la actividad de intermediación laboral sin estar autorizado para hacerlo, incumpliendo el artículo 95 de la ley 50 de 1990.

Tal como lo explicamos y afirmamos al descorrer el traslado de la respuesta a la formulación de cargos, entre la empresa Gestión y Operación de la Costa SAS — GESTICA SAS y Olímpica S.A., se celebró desde el año 2017 un contrato de cuentas en participación, lo cual es válido y permitido en la legislación colombiana entre empresas para desarrollar un objeto social mixto. En el mencionado contrato se pactó que las dos empresas se unirían contractualmente para la venta y comercialización de productos, en la cual cada una tiene una participación económica.

Por otra parte, en la cláusula primera, se convino que la empresa Olímpica colocaría los establecimientos de comercio, instrumentos de trabajo y los productos que se venden al por mayor o al detal y por otra parte la empresa Gestica SAS aportaría el personal calificado y cualificado para procesos como el de operación de cajas registradoras, Fruver, atención al cliente, carnes, entre otros.

Este contrato de cuentas en participación tiene validez jurídica en Colombia y por tanto no puede imputarse por parte del Ministerio del Trabajo que Gestica SAS y Olímpica tienen una intermediación laboral ilícita.

En el ordenamiento jurídico colombiano se permite que las empresas, en aras de desarrollar su objeto social, puedan celebrar acuerdos privados. Por ello, Gestica SAS, dada su experiencia, celebró con la Sociedad Supertiendas y Droguerías Olímpica SA, un - Contrato de Cuentas en Participación- para aportar sus conocimientos en el funcionamiento de negocios en comercio minorista, en cuanto al manejo autónomo del recurso humano, necesario para la operación de los puntos de venta.

En virtud de las actividades propias del objeto social de Gesticas SAS, esta sociedad presta sus servicios con sus propios trabajadores, bajo su responsabilidad y riesgo y con autonomía técnica y directiva, en los procesos de atención al cliente, y en algunas áreas determinadas, donde se desempeñan algunos trabajadores de la empresa.

Por tal razón, la señora HERNANDEZ SILVERA hizo parte del proceso de atención al cliente en el área de bodega, perteneciente a Gestica SAS en el periodo comprendido desde el 16 de mayo de 2019 hasta el 18 de junio de 2019, fecha que concluyó la obra o labor para la cual fue contratada como fue el incremento de las ventas por los meses de mayo y gran parte del mes de junio de 2019, por la celebración del mes de la madre y del padre, tal como lo indica el contrato de trabajo que anexamos; siendo un trabajadora dependiente de mi representada, quien le impartió las ordenes, políticas y le pagó los salarios, vacaciones, prestaciones sociales y todas las acreencias laborales, así como los aportes al sistema de seguridad social integral.

Como conclusión, la señora HERNANDEZ SILVERA fue trabajadora directa y dependiente de Gestica SAS desde el 16 de mayo de 2019 hasta el 18 de junio de 2019, entidad que le pagó de manera oportuna y completa los salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales; así como los aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscalidad.

Por tanto, no es cierto que GESTION Y OPERACIÓN DE LA COSTA SAS - GESTICA SAS sea una empresa temporal o que haya ejercido alguna actividad de intermediación sin autorización. La naturaleza jurídica de Gestica SAS es la de una sociedad por acciones simplificada, tal como se encuentra probado en el Certificado de Existencia y Representación Legal aportado con este escrito.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

4. Desconocimiento absoluto y total de la empresa Gestica SAS de la calificación de pérdida de capacidad laboral que alega la querellante; y mala fe de la querellante al no notificar al ingreso y/o terminación del contrato, que contaba con dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Del contrato de cuentas en participación mencionado anteriormente, se derivan las contrataciones que hizo Gestica SAS, entre ellas la de la querellante Rocío Hernández Silvera, en la cual se queja que fue despedida con fuero de estabilidad laboral reforzada, alegando una violación a su dignidad humana, lo cual resulta fallida esta afirmación si se tiene en cuenta lo siguiente:

- 1. La contratación de la señora Hernández Silvera se realizó a través de un contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, el cual inició el día 16 de mayo de 2019 y terminó el 19 de junio de 2019.*
- 2. Gestica SAS contrató a la demandante y previamente cumplió con la orden para la práctica del examen médico ocupacional de ingreso que establece la ley, el que dio como resultado que la señora Rocío Hernández S. se encontraba apta para laborar; motivo por el cual la empresa no tuvo conocimiento que la actora se encontrara con disminución de su capacidad laboral que le impidiera desarrollar las labores para lo cual fue contratada.*
- 3. La señora Hernández Silvera, para la fecha de ingreso, ya contaba con la pérdida de capacidad laboral por la cual fue calificada, sin embargo, nunca informó a la empresa, ni antes ni durante la relación laboral. La empresa Gestica SAS tuvo conocimiento de esta situación a partir de la notificación de la querrela.*

Por tanto, la demandante no puede alegar que la terminación de su contrato de trabajo obedeció a discriminación por los motivos de salud que expone en su querrela, por el contrario, Gestica SAS actuó de buena fe al vincular laboralmente a la señora Rocío Hernández S. el día 16 de mayo de 2019, fecha para la cual ya había sido calificada con una pérdida de capacidad laboral del 20,85% que alega, situación que solo vino a tener conocimiento Gestica SAS con la querrela del asunto.

Reiteramos el motivo de terminación del contrato de trabajo de la actora obedeció a una causa objetiva, por haber finalizado la obra para lo cual fue contratada.

Siendo, así las cosas, es decir, que la querellante ingresó con una pérdida de capacidad laboral que no fue notificada no puede imputársele a la empresa Gestica SAS discriminación o violación a su derecho fundamental a la dignidad.

APOYO JURISPRUDENCIAL

Esta defensa técnica trae a colación para el sustento de sus alegatos de conclusión el precedente constitucional que desarrolló la Corte Constitucional, en sentencia, SL 7112021 de febrero 24 de 2021, Magistrado Ponente Gerardo Botero Zuluaga, relacionado con la estabilidad laboral de personas con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral que necesariamente se requiere el conocimiento del empleador, el cual para estos casos no existió conocimiento de Gestica SAS dado que la trabajadora no informó tal condición ni al momento de suscribir el contrato de trabajo, ni durante el desarrollo de la relación laboral ni a la finalización de la misma:

" . . .) En la sentencia cs, J Sl., 28 agosto 2012, Rad. 39207, reiterada en la SL10538-2016 y SL5163-2017, entre otras, indicó la Corte: Justamente en un proceso adelantado contra la misma empresa aquí demandada, radicado N.º 32532 de 2008, esta Sala determinó que no toda discapacidad goza de la protección a la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 pues, en concordancia con los artículos 1º y 5º de la citada ley, dedujo que gozan de dicha protección aquellos trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15%

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

al 25%) , severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%) . Bajo esta premisa, negó la protección al demandante quien sufría una incapacidad permanente parcial del 7. 41%. El anterior precedente fue reiterado en la sentencia 35606 de 2009, donde sobre el particular anotó:

"De acuerdo con la sentencia en precedencia 132532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización esta tuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis:

a) Con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (i i) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (i i i) que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social".

En todo caso, para despejar cualquier duda que puede suscitar la precitada sentencia en cuanto al nivel de limitación requerido para el goce de la protección en cuestión, esta Sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 de 2008, consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirma ti va se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 70 del D. 2463 de 2001) , a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento.

Como se explicó en dichas decisiones, los destinatarios del principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no son los trabajadores con cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante, para lo cual se ha acudido a la misma ley, en el inciso 20 del artículo 50 en cuanto al tipo de discapacidad a efectos de aplicar las medidas afirmativas allí previstas.

De tal manera, que la mención en esa parte de la norma sobre el grado de discapacidad de moderada, severa o profunda, ha sido el parámetro que ha orientado la jurisprudencia

de la Corte, con el objetivo de identificar a los beneficiarios del principio protector, ya que, para la Sala, no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.

Con todo, como la Ley 361 de 1997, no trajo expresamente la regla numérica para identificar el grado de la discapacidad, tal punto era necesario desarrollarlo; de ahí que el gobierno nacional, aprovechando la necesidad de actualizar el régimen de integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez, acorde con las normas que se expidieron después de la Ley 100 de 1993, que comprometían la intervención de dichos actores del sistema, expidió el D. 2463 de 2001, y en el art. definió las escalas o grados de discapacidad mencionados por el legislador, así:

ARTICULO 7º -Grado de severidad de la limitación. En los términos del artículo 50 de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

La aplicación de dicho decreto ha sido el parámetro de la jurisprudencia de la Corte, con mayor razón, cuando los hechos o materia del despido encajan dentro del periodo de vigencia de la disposición normativa.

Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: (i) que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral ent el 15% y el 25%; b) severa, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) profunda cuando el grado de discapacidad supera el

50%; (i i) que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y (jii) que la relación laboral termine por razón de su discapacidad —lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo. " (negrilla y subrayado fuera de texto)(. . .)

Como conclusión, no puede endilgársele a la entidad que represento la figura de la intermediación laboral, como tampoco que se haya violada el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la extrabajadora por cuanto al iniciarse la relación laboral, la señora Hernández contaba con una pérdida del 20.85%0 la cual no notificó a Gestica SAS al iniciar el contrato de trabajo ni durante el mes que éste se desarrolló; por tanto no puede sancionarse al empleador que desconocía la situación de la trabajadora, ya que una sanción implicaría violación al debido proceso en cuanto al derecho de defensa.

Como consecuencia de lo anterior, mi representada actuó de buena fe en el caso que nos ocupa, y por ello solicitamos se exonere a mi representada de cualquier responsabilidad y pretensiones solicitadas por la querellante, así como de cualquier sanción con ocasión a este proceso administrativo.

El doctor JAVIER ROCHA en calidad de apoderado de la EMPRESA OLIMPICA manifestó dentro de los alegatos lo siguiente:

Se deberá declararse la inexistencia de intermediación laboral, por las siguientes razones:

La alternativa denominada "tercerización" generalizó en el mundo y adquirió una connotación e importancia esencial para el desenvolvimiento de la economía y el desarrollo del mundo globalizado

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) aclaró lo que debe entenderse por subcontratación término equivalente a los varios que se utilizan para referirse al tema como el de outsourcing, tercerización y externalización, al separar el concepto en dos contenidos a los que puede dar lugar esa tercerización.

El primer sentido define la subcontratación de bienes y de servicios en que este tipo de tercerización es:

"aquella mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos" [1].

En este tipo de relación prima la autonomía del tercero en cuanto al manejo de su propia empresa en aspectos administrativos, financieros y de recurso humano, con independencia de quien lo contrate, porque de lo que se trata es de producir un resultado final.

Definido el concepto, lo distingue del de mano de obra y/o recurso humano, que tiene un contenido y alcance diferente, ya que aquí la OIT especifica que:

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

"el objetivo único o predominante es el suministro de mano de obra (y no de bienes y servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere" [2].

En ese orden de ideas, no se debe confundir la subcontratación de bienes y de servicios con la laboral, que, aunque tienen en común el acudir a un tercero, se trata de dos situaciones con naturaleza y características diferentes.

En nuestro caso, el tema ha sido confuso en su manejo y aplicación, lo que se acentuó con la expedición del Decreto 583 del 2016, que asimiló los dos tipos de tercerización en una sola, al unificarlas en un solo término que no se había utilizado en la legislación colombiana: "tercerización laboral", entendida esta como "los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes y servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes" (D. 1072/15, art. 2.2.3.2.1, núm.. 6o; D. 583/16, art. 1), habilitando de esta forma a toda persona natural o jurídica a manejar trabajadores a terceros bajo la figura de la tercerización de procesos de bienes y de servicios sin diferenciación alguna.

Ante la confusión generalizada, se presenta un antecedente reciente de una sentencia del Consejo de Estado (2218-2016), que anuló la parte de la definición y el alcance de ese Decreto 583 del 2016, haciendo una clara distinción de lo que debe entenderse en la legislación colombiana por "tercerización", que aplica a la de bienes y de servicios como resultado final, y la "intermediación laboral", que se refiere al envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en sus actividades misionales permanentes.

En esa línea, el Ministerio del Trabajo expidió, la Resolución 2021, que distingue los dos conceptos, expresando en sus considerandos que:

"la figura de la tercerización, subcontratación u "outsourcing", se encuentra encaminada a que mediante una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes, a que requiere se le suministre bienes y /o servicios contrata a un tercero especializado para que satisfaga su necesidad, el cual ejecuta su actividad con autonomía e independencia, situación igualmente establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 34, el cual no solo establece lo señalado sino que presenta la figura de la solidaridad como garantía de los derechos de los trabajadores".

Situación bien diferente a la de la "intermediación laboral", que debe entenderse como:

"el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades. Esta actividad únicamente podrá ser desarrollada por las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 hoy incorporado en el decreto único reglamentario número 1072 de 2015. Por lo tanto, esta actividad no está permitida a ninguna persona natural o jurídica que no esté debidamente acreditada como Empresas de Servicios Temporales a través de una autorización otorgada por este Ministerio y solo de adelantar en los casos que la Ley así lo haya autorizado".

Ateniéndonos a las disposiciones vigentes, tenemos, de acuerdo con las distinciones reseñadas, la actividad de la "tercerización" está prevista para el caso de los contratistas independientes, las cooperativas de trabajo asociado, las empresas asociativas de trabajo y el contrato colectivo sindical. Basta con solo revisar el objeto social de cada una de estas figuras para constatarlo.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

Y cuando se trata de "intermediación laboral", debe entenderse el envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en el desarrollo de sus actividades misionales permanentes. Cabe preguntarse:

¿qué debe entenderse por ese tipo de actividades? Pues las propias del usuario contratante, o sea, las misionales permanentes, que, para el caso particular de la prestación del servicio temporal, se definen como "aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa" (D. 1072/15, art. 2.2.8.1.41, tercer párrafo).

En este contexto, la medida de temporalidad aplica a los servicios específicos y concretos de colaboración que se presenten en la actividad de un tercero beneficiario de ese servicio, que la ley llama usuario, en los eventos o situaciones que se reseñan en la ley como remplazos de personal por diferentes razones, incrementos en la producción, ventas o transporte, sector agrícola y cualquier tipo de servicio (L. 50/90, art. 77), es decir, la medida de temporalidad no aplica al trabajador en misión, ni al cargo que este desempeña, ni al oficio, sino que corresponde a la naturaleza del evento previsto por la ley.

"De esta forma, y entendido correctamente el alcance de las disposiciones sobre tercerización e intermediación laboral, esta última se convierte en un importantísimo mecanismo de respuesta flexible de recurso de mano formal con todas las garantías de ley para atender pronta y eficazmente la necesidades de personal en unas economías dinámicas, movibles, fluctuantes e inciertas, en no pocos casos, con un trabajador misional, permanentemente rotativo, en la colaboración de actividades de terceros, pero con un vínculo laboral estable y directo con su verdadero empleador que por ley es la empresa de servicios temporales."

En conclusión, al determinarse en el auto numero 1224 sobre la existencia de una intermediación laboral, de acuerdo con la expresión: "Considera el despacho que al parecer la empresa GESTICA SAS. Ejerció la actividad de intermediación sin estar autorizado para ello.", y lo que determinó el inicio de la presente investigación, está alejado de la realidad, por cuanto se inobservó el objeto social de la contratista, ya que esta no realiza actividades como el envío de trabajadores en misión, para realizar actividades temporales. Y ante ello, es inexistente la intermediación que se predica. Y es necesario valorarse o determinarse que la naturaleza o finalidad de la obra contratada sean inherentes y también conexas con actividades ordinarias del beneficiario, ya que la responsabilidad solidaria no es ilimitada. Y se requiere que la actividad sea inherentes o conexas con la actividad ordinaria del beneficiario. Y no es el caso. Y en ese sentido no existe argumentos facticos ni razones de hechos ni de derecho para sancionar a una empresa que no realiza actividades de intermediación laboral.

Por otra parte, la parte querellante promovió demanda ordinaria laboral, en el cuál si se analiza la demanda, las afirmaciones son diferentes a la que expone en la querrela.

CONSIDERANDOS

El día 28 de agosto de 2019, se recibió queja por parte del ROCIO BEREDI HERNANDEZ SILVERA, bajo el radicado No 11EE2019740800100007062, en contra de SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A- identificado con Nit. No 890.107. 487-3, OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR identificada con Nit. 900.445.786-5, GESTION Y OPERACIÓN DE LA COSTA SAS identificada con Nit. 901.067.786-7, EL EXITO EN MANTENIMIENTO-EN LQUIIDACION identificada con Nit. 830081051-3 y CINCO DIAMANTES SAS identificada con Nit, 900.445.944-2, por la aparente terminación unilateral del contrato de trabajo mientras la querellada ostentaba estabilidad laboral reforzada, asimismo, se señala la presunta intermediación laboral ilegal por parte de las empresas querelladas, en ese sentido, la querellada considera vulnerados el artículo 26 de la ley 361 de 2006 y artículo 95 de la ley 50 de 1990.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

Que este Despacho, mediante Auto 1224 del 28 de junio de 2022 no susceptible de recurso alguno, se dispuso a formular cargos a las empresas y/o sociedades mencionadas en el párrafo anterior.

Frente a las querelladas OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR identificada con Nit. 900.445.786-5,, EL EXITO EN MANTENIMIENTO-EN LIQUIDACION, identificada con Nit. 830081051-3 y CINCO DIAMANTES SAS identificada con Nit, 900.445.944-2, se surte la notificación por aviso en la página Web del Ministerio de Trabajo nivel central previo haber agotado notificación personal sin éxito en la comunicación.

Por otro parte, surtida la respectiva notificación personal del auto de formulación de cargos la investigada GESTION Y OPERACIÓN DE LA COSTA SAS identificada con Nit. 901.067.786-7, presento descargos ante este despacho de manera extemporánea, razón por la cual su intervención no ha ser tenida en cuenta para efectos del presente tramite de procedimiento administrativo sancionatorio.

Finalmente, SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A- identificado con Nit. No 890.107. 487-3 presenta descargos a través de folio N° 473 en donde aporta como prueba el auto admisorio de la demanda proferido por el Juez 11 Laboral del Circuito de Barranquilla y manual de funciones de la querellante en el evento de ser presentado por Gestica.

Además, este despacho no considera necesario el decreto y practica de pruebas diferentes de las que ya obran en el expediente, por ende, también declarara cerrado el periodo probatorio y se continuara con las demás actuaciones a las que haya lugar.

Que las Resoluciones 3238 de noviembre 03 de 2021 y 3455 de noviembre 18 de 2021, establecen para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial del Atlántico, la competencia para ejercer Inspección, Vigilancia y Control sobre el cumplimiento de las normas laborales en lo individual y colectivo, de seguridad social en pensiones y empleo, e imponer las sanciones previstas en las disposiciones legales vigentes.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

CARGO PRIMERO: Considerando que las empresas CINCO DIAMANTES S.A.S., OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR SAS NIT: 900445786 y la PRECOOPERATIVA de trabajo asociado EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO EN LIQUIDACION presuntamente no cumplieron con lo ordenado por esta autoridad de policía administrativa mediante el auto 02253 del 1 de noviembre de 2019 considera este despacho que podrían haber incurrido en incumplimiento de lo establecido en el numeral 1 del artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece lo siguiente:

**Artículo 486 CST. Subrogado D.L. 2351, ART. 41. Atribuciones y sanciones.*

1. Modificado. L. 584/2000, art. 20. 1. los funcionarios del Ministerio de Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los empleadores, para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de los libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos. (...)"

Al respecto, es necesario hacer algunas claridades y tener presente las siguientes consideraciones frente a: **1)** los efectos de la cancelación de la matrícula mercantil, **2)** la capacidad para ser parte en el proceso administrativo sancionatorio y **3)** la extinción de la persona jurídica hace innecesario la continuación de la averiguación preliminar o el procedimiento administrativo sancionatorio que se lleve en contra de estas.

Al respecto de la matrícula mercantil, se tiene que la misma es un medio de individualización del comerciante y de los establecimientos de comercio que tiene a su cargo; que acredita y da muestra y prueba de su existencia jurídica. Además, constituye un requisito exigido para el funcionamiento de cualquier empresa (Decreto 410 de 1971 – C. Co. Título III Libro Primero, Artículo 26 y SS).

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

Al tener claro que la matrícula mercantil se encuentra estrictamente ligada a la existencia misma de la persona jurídica, se tiene que "Una vez cancelada la matrícula mercantil de la sociedad liquidada, esta desaparece del mundo jurídico, y, por consiguiente, ya no podría, se repite, ser sujeto de derechos y obligaciones" (OFICIO 220-050903 DEL 10 DE ABRIL DE 2015 – Concepto SuperSociedades). Es decir, que la **cancelación de la matrícula mercantil** denota automáticamente la liquidación de la sociedad que la constituye y su **inexistencia como persona jurídica**, de ser el caso.

Adicionalmente, el artículo 31 de la Ley 1727 DE 2014, expresa que:

DEPURACIÓN DEL REGISTRO ÚNICO EMPRESARIAL Y SOCIAL (RUES). <Ver Notas del Editor>
Las Cámaras de Comercio deberán depurar anualmente la base de datos del Registro Único Empresarial y Social (RUES), así:

1. *Las sociedades comerciales y demás personas jurídicas que hayan incumplido la obligación de renovar la matrícula mercantil o el registro, según sea el caso, en los últimos cinco (5) años, quedarán disueltas y en estado de liquidación. Cualquier persona que demuestre interés legítimo podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades o a la autoridad competente que designe un liquidador para tal efecto. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos legalmente constituidos de terceros.*

2. *Cancelación de la matrícula mercantil de las personas naturales, los establecimientos de comercio, sucursales y agencias que hayan incumplido la obligación de renovar la matrícula mercantil en los últimos cinco (5) años.*

Por otra parte, en cuanto a la **capacidad para ser parte en el proceso** administrativo sancionatorio o de cualquier otra índole, el artículo 53 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), aplicable a esta especialidad por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, versa que:

"Podrán ser parte en un proceso:

1. *Las **personas naturales y jurídicas.***
2. *Los **patrimonios autónomos.***
3. *El **concebido, para la defensa de sus derechos.***
4. *Los **demás que determine la ley"***

Teniendo en cuenta que la condición necesaria para ser parte de un proceso, tanto judicial como en un procedimiento administrativo sancionatorio, se encuentra ligado a la existencia de la persona misma, y siendo que las personas jurídicas sólo existen en la medida en que se encuentran con registro mercantil vigente; se tiene que al no contar una persona jurídica con registro mercantil vigente, no existe y por ende no puede ser sujeto de un proceso de cualquier índole ante las autoridades judiciales y/o administrativas.

Adicional a lo anterior, lo que se busca con el Procedimiento Administrativo Sancionatorio establecido en el Artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 y en concordancia a lo contenido en el Numeral 2 del artículo 3° de la Ley 1610 de 2013, es determinar la existencia de la responsabilidad o no de un presunto infractor de la normatividad laboral y a través de su función de policía administrativa imponer medidas coercitivas de sanciones y/o multas a quien las cometiere. No obstante, **si la persona** que incumple la normatividad **no existe** o deja de existir en el transcurso del proceso, **no tiene sentido o propósito la continuación de un Procedimiento Administrativo Sancionatorio** que pueda acarrear o no la imposición de una sanción o multa; la cual, a todas luces, no tendrá sustento jurídico por la inexistencia de su sujeto principal y teniendo además efectos ineficaces en la realidad material. Derivando, eso sí, en un desgaste administrativo de la autoridad que lo profiere y rompimiento del principio de eficacia y economía procesal.

En virtud de lo anterior, luego de realizada la consulta en el Registro Único Empresarial y Social – RUES, se evidencia que la sociedad PRECOOPERATIVA EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO Y SERVICIOS EN LIQUIDACION, identificada con Nit 830081051-3 con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, su matrícula mercantil se encuentra en estado **CANCELADO**, así mismo, la sociedad OPERADOR DE

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

SERVICIOS EXCELSIOR S.A.S identificada con Nit 900.445.786-5 y domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, no ha renovado su matrícula en los últimos cinco (05) años, hecho que automáticamente le inhabilita para su renovación, y en el caso de la empresa CINCO DIAMANTE S.A.S identificada con Nit 900.445.944-2 y domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, está próxima a vencer el 28 de marzo de 2023, fecha en la cual cumplirá cinco años sin renovar la matrícula, configurándose por ende su cancelación automática, en tal sentido se deduce con claridad que no tiene sentido la imposición de una sanción o multa; la cual, a todas luces, no tendrá sustento jurídico por la inexistencia de su sujeto principal y teniendo además efectos ineficaces en la realidad material.

Por lo tanto, deberá procederse con la terminación del presente procedimiento administrativo sancionatorio para las empresas CINCO DIAMANTES S.A.S., OPERADOR DE SERVICIOS EXCELSIOR SAS NIT: 900445786 y la PRECOOPERATIVA de trabajo asociado EL ÉXITO EN MANTENIMIENTO EN LIQUIDACION.

De la estabilidad Laboral reforzada.

Señala la querellante en su escrito, que, para la fecha del despido, contaba con una declaratoria de pérdida de capacidad laboral en un porcentaje de 20.85%, emitida por la junta Regional de Invalidez del Atlántico, situación que evidentemente la ponía en una situación de debilidad manifiesta que debía ser valorada por su empleador previo a la terminación de la relación laboral.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el artículo 137 del Decreto Nacional 019 de 2012, señala que *"en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

La situación de la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora es aceptada por la empresa GESTICA S.A.S., en su escrito de descargos, señalando no conocer dicha situación al momento de la terminación de la relación laboral, no obstante, un empleador previó al inicio de la relación laboral debe conocer el estado de salud de su potencial trabajador, por medio de los exámenes laborales de ingreso, tal como lo señala la Resolución 2346 de 2007, por medio de la cual se establece que el empleador está obligado a hacer Evaluación Médico Ocupacional (EMO) de preingreso, periódicas (programadas o por cambio de ocupación), posocupacional o de egreso y de posincapacidad o por reintegro.

En virtud de lo anterior, no es dable el argumento que desconocía la situación medica de la trabajadora, por ende, debía contar con autorización laboral de este ministerio para efectos de proceder al despido de la trabajadora, independientemente del tipo de vinculación laboral de esta.

La empresa GESTICA S.A.S., aporta con su escrito de descargos los pagos por concepto de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos cancelados a la trabajadora, no obstante, no aporta la autorización del ministerio de trabajo para proceder a su despido, por ende, se configura un incumplimiento a las normas laborales de conformidad con lo señalado en la Ley 361 de 1997.

De la intermediación laboral

La intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente, de un contratante. Se trata, por lo tanto, del envío de trabajadores

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. En Colombia es una actividad propia de la Empresas de Servicios Temporales y puede ser gratuita u onerosa, aunque siempre será gratuita para el trabajador; y se encuentra prohibida su prestación por parte de Cooperativas y Precooperativas, al igual que para Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.

La intermediación laboral se encuentra definida en los artículos 95 y 96 de la Ley 50 de 1990 señalando:

"ARTÍCULO 95. La actividad de Intermediación de empleo podrá ser gratuita u onerosa pero siempre será prestada en forma gratuita para el trabajador y solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

ARTÍCULO 96. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizará a las entidades privadas o públicas que desarrollen actividades de Intermediación laboral a fin de establecer un Sistema Nacional de Intermediación. Para tales efectos el Gobierno Nacional expedirá los reglamentos necesarios".

Señala la empresa GESTICA S.A.S. y OLIMPICA S.A., que entre los mismos existe un contrato de participación en cuentas, que lo habilita para la prestación de servicios por parte de la primera en favor de la segunda para el desarrollo mancomunado de su objeto social, es decir, que el contrato de trabajo que envolvió la queja de la querellante, surge como consecuencia de este acuerdo comercial en donde GESTICA S.A.S., suministra por su cuenta y riesgo personal especializado para el desarrollo de algunas funciones requeridas en OLIMPICA S.A.

No obstante, el certificado de existencia y representación legal de GESTICA S.A.S., no la identifica específicamente como una empresa de servicios temporales, las evidencias en cuanto a la vinculación laboral de la querellante dan cuenta de la existencia de esta figura, toda vez y como fue señalado en el escrito de descargos, las actividades desarrolladas por la señora ROCIO BEREDI HERNANDEZ SILVERA, hacen parte del portafolio de funciones requeridas por el Beneficiario.

Señala la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL467-2019 Radicación N° 71281:

"Desde luego que para la Corte la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas. Sin embargo, la externalización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien Radicación n.º 71281 27 sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades.

La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.

Cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y un aparato productivo especializado, y que, por tanto, se limitan a figurar como empleadores que sirven a la empresa principal, estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal.

Esta hipótesis a criterio de la Sala, no la regula el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (verdadero empresario), toda vez que este precepto presupone la existencia de un contratista autónomo con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, sino directamente por el artículo 35 ibidem (simple intermediario), en cuya virtud, el verdadero empleador es la empresa

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

comitente y el aparente contratista es un simple intermediario que, al no manifestar su calidad de tal, debe Radicación n.º 71281 28 responder solidariamente con la principal.

Entonces, cuando bajo el pretexto de una externalización de actividades, el empresario encubre verdaderas relaciones laborales con la ayuda de aparentes contratistas, carentes de una estructura empresarial propia y entidad suficiente, cuya única razón de ser es el de proporcionar trabajadores a la principal, se estará en una simple intermediación laboral ilegal.

En este punto, vale igualmente la pena recordar que, aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitido en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal".

En virtud de lo anterior, y de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, las empresas GESTICA S.A.S y OLIMPICA S.A. una como usuaria y otra como beneficiaria, cumplieron la función de intermediación laboral en el caso de la señora ROCIO BEREDI HERNANDEZ SILVERA, sin que mediara autorización del ministerio de trabajo para desarrollar esta función.

Para fundamentar la decisión se tomó un extracto de lo que señala el Consejo de Estado en la Sentencia 00485 de 2017, en lo que concierne al concepto claro sobre la intermediación.

se definirán los conceptos de tercerización e intermediación laboral como mecanismos de vinculación indirecta de personal; toda vez que, a primera vista, el artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,68 el cual fue adicionado por el artículo 1 del también Decreto Reglamentario 583 de 2016, los ha asimilado. Así las cosas, se encuentra que la intermediación laboral ha sido reglamentada desde el Código Sustantivo Laboral en su artículo 35, donde establece:

«ARTÍCULO 35: 1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.»

Así, con la expedición de la Ley 50 de 1990 se amplió el alcance de la figura, toda vez que en sus artículos 95 y 96 indicó:

«ARTÍCULO 95. La actividad de Intermediación de empleo podrá ser gratuita u onerosa pero siempre será prestada en forma gratuita para el trabajador y solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

ARTÍCULO 96. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizará a las entidades privadas o públicas que desarrollen actividades de Departamento Administrativo de la Función Pública Sentencia 00485 de 2017 Consejo de Estado 13 EVA - Gestor Normativo Intermediación laboral a fin de establecer un Sistema Nacional de Intermediación. Para tales efectos el Gobierno Nacional expedirá los reglamentos necesarios.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

» Dicha norma fue reglamentada por el Decreto 4369 de 2006,70 cuyo artículo 10 señaló:

«ARTÍCULO 10. Prohibiciones. No podrán ejercer la actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales, aquellas que tengan objeto social diverso al previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; las que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de la Protección Social para el desempeño de esa labor, tales como las dedicadas al suministro de alimentación, realización de labores de aseo, servicio de vigilancia y mantenimiento; tampoco la podrán realizar las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.

Ya que revisado el Certificado de Existencia y Representación legal expedido el 16 de octubre de 2019, a folio 120 del expediente, encuentra esta autoridad administrativa que dentro del objeto social de la sociedad SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A. se encuentra "compra, venta, importación, exportación, transformación, empaque, producción y en general el comercio de alimentos y comestibles, bebidas, medicamentos, cosméticos, artículos y aparatos para el hogar, papelería y libros. (...)" además de otras actividades. Lo cual coincide con las funciones que la querellante ejercía, según Gestica S.A.S. a favor de la sociedad OLIMPICA S.A. en las instalaciones de la empresa evidenciándose, al parecer, como beneficiario.

Por lo tanto, conforme a lo anterior tanto la empresa usuaria como beneficiaria incumplieron con lo establecido en el artículo 95 de la ley 50 de 1990, reglamentada por el decreto 4369 de 2006 en su artículo 10.

GRADUACION DE LA SANCIÓN

En cuanto a la graduación de la sanción el artículo 4° del decreto 472 de 2015 establece los criterios para graduar las multas, el cual fue compilado por el artículo 2.2.2.11.4 del Decreto único reglamentario 1072 de 2015, las multas por infracciones a las normas de seguridad y salud en el trabajo y riesgos laborales se graduará atendiendo los siguientes criterios, en cuanto resulten aplicables, conforme a lo establecido en los artículos 134 de la Ley 1438 de 2011 y 12 de la ley 1610 de 2013.

Para efectos de determinar la graduación con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad se observa la concurrencia de los siguientes criterios establecidos en el artículo 12 de la ley 1610 de 2013:

Artículo 12. Graduación de las sanciones. Las sanciones se graduarán atendiendo a los siguientes criterios:

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.
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.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

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.*

Con base en lo anterior, se puede concluir que las empresas GESTICA S.A.S. y OLIMPICA S.A, han vulnerado los bienes jurídicos tutelados a los trabajadores desde la normativa laboral por lo cual se hacen acreedores de una sanción con multa de acuerdo a las normas violadas, en el presente caso, en cuanto al perjuicio ocasionado a los trabajadores por el irrespeto en normas de orden legal.

De acuerdo con las funciones atribuidas a las Inspecciones de trabajo, el artículo 3, de la ley 1610 de 2013 le asignó la función coactiva o de policía administrativa al determinar que, 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 de trabajo, aplicando siempre el principio de proporcionalidad.

Con base en lo anterior, el competente para imponer sanción debe observar de esta norma dos elementos esenciales para la aplicación de la potestad sancionatoria dentro de la garantía del debido proceso(art 29 de la C.P.), por ser el límite fijado en la jurisprudencia para la cuantificación de la sanción, el primero hace referencia al principio de razonabilidad y el segundo al principio de proporcionalidad, aspectos que constituyen piedra angular al momento de la tasación de la sanción en los términos del artículo 44 del CPACA.

En cuanto al principio de razonabilidad ha de decirse que este no es fruto del azar, capricho o discrecionalidad arbitraria del funcionario que la va a imponer, sino que debe observarse los parámetros establecidos en el artículo 44 del C.P.A. y de lo C.A., en el sentido que la decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza.

En relación con el principio de proporcionalidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional aprecia una tendencia a exigir un respeto a este principio en la imposición de sanciones administrativas y que se encuentra ligada a los hechos que le sirven de causa, de conformidad con el artículo 44 del CPACA.

Sin embargo, advierte sobre diferencias relativas a los criterios para su aplicación en la órbita mundial.

Frente al juicio de razonabilidad y proporcionalidad, es pertinente decir que la ponderación en cuanto al quantum o monto de la sanción encuentran sus límites en los criterios del artículo 12 de la ley 1610 de 2013;sin embargo como dicho límite está fundando en la facultad discrecional en que se puede mover esta coordinación dentro de los criterios aludidos, para agravar o atenuar la sanción, debe este despacho observar las reglas del artículo 44 del CPACA en el sentido de que al momento de imponer la sanción, ésta debe ser adecuada a los fines que la norma autoriza y proporcional á los hechos que le sirven de causa.

Así las cosas, de acuerdo a la normatividad materia de inspección, vigilancia y control laboral se observa que existe normal que determine de manera concreta la cuantía sancionatoria, sin embargo, atendiendo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad para la fijación del monto de la sanción que oscila entre uno (1) y hasta cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se tiene que por haberse incumplido lo dispuesto en resolución 3716 de 1994, Decreto 559 de 1991, Decreto 995 de 1968, Artículo 120 CST, Ley 1010 de 2006,, artículo 349 CST artículo 351 CST, la sanción a

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

imponer a SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A , equivale a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y a GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S .el equivale a 120 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En mérito de lo expuesto anteriormente este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar a la sociedad SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A. Identificada con NIT 890.107.487 – 3, con domicilio en la calle 53 # 46 -192 Lo 3 -01, de Barranquilla, con correo electrónico para notificaciones judiciales iosorio@olimpica.com.co, con MULTA de CIENTO SETENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M.L.C. (\$174.000.000.00), equivalente a 4.102,61 UVT, con destino al FONDO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL (FIVICOT), por incumplimiento y o violación de las normas legales señaladas en la parte motiva del presente proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: Sancionar a la empresa GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.786 -7, con domicilio en la calle 76 # 49 – 08 oficina 103 y correo electrónico para notificación acastillogutierrez@hotmail.com, con MULTA de CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTO MIL PESOS M.L.C. (\$139.200.000.00), equivalentes a 3.282,09 UVT, con destino al FONDO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL (FIVICOT), por incumplimiento y o violación de las normas legales señaladas en la parte motiva del presente proveído.

PARÁGRAFO: La presente providencia presta mérito ejecutivo conforme al artículo 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: El pago correspondiente a la multa impuesta, deberá ser consignado únicamente a través del botón banner PUNTO VIRTUAL – Pagos Electrónicos (PSE) del sitio web del BANCO AGRARIO (<https://www.bancoagrario.gov.co/Paginas/default.aspx>), en la Cuenta denominada DTN - FIVICOT, con número 300700011459 y código de portafolio del Ministerio del Trabajo 377, identificando como concepto de pago el número y año de Resolución que impone la multa y señalando que corresponde al Fondo para el Fortalecimiento de la Inspección, Vigilancia, Control del Trabajo y la Seguridad Social (FIVICOT).

Copia del comprobante de pago deberá remitirse de manera inmediata a su realización, a esta Dirección Territorial al correo electrónico dtatlantico@mintrabajo.gov.co y a las siguientes direcciones de correo electrónico del Grupo de Tesorería del Ministerio del Trabajo, mмосquera@mintrabajo.gov.co y mсgarcia@mintrabajo.gov.co.

Se advierte que en caso de no realizar la consignación de los valores de la multa en el término de quince (15) días hábiles posteriores a la notificación del presente acto administrativo, se cobrarán intereses moratorios a la tasa legalmente prevista, correspondiente la rata del doce por ciento (12 por 100) anual, desde el día en que se hagan exigibles hasta aquel en que se verifique el pago conforme a lo señalado en el Artículo 9 de la Ley 68 de 1923 y se dará inicio a los diferentes procesos de cobro conforme a la Ley.

ARTÍCULO CUARTO: Notificar personalmente o en su defecto por aviso el contenido del presente acto administrativo a los interesados, a través de sus representantes legales, o a quien éstos autoricen, en los términos previstos en los artículos 66 y subsiguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Continuación del Resolución "Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio"

A SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.-OLIMPICA S.A. Identificada con NIT 890.107.487 – 3 con domicilio en la calle 53 # 46 -192 Lo 3 -01, de Barranquilla, con correo electrónico para notificaciones judiciales iosorio@olimpica.com.co

A GESTIÓN Y OPERACIÓN DE LA COSTA S.A.S. identificada con Nit. 901.067.786 -7, con domicilio en la calle 76 # 49 – 08 oficina 103 y correo electrónico para notificación acastillogutierrez@hotmail.com

al Dr. IVAN ALEXANDER RIBON CASTILLO identificado con cedula 77. 028.576 y T.P. No 83960 en calidad de apoderado de la querellante ROCIO BEREDI HERNANDEZ SILVERA domiciliado en la carrera 48 # 76 -81 oficina 1103 Edificio KAIRO de Barranquilla, en la dirección electrónica ivanribon27@gmail.com.

ARTÍCULO QUINTO: Contra el presente acto administrativo proceden los recursos legales de reposición y apelación, los que, de ser formulados, deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, según el caso; ante el funcionario que dictó la decisión. El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición; éste será resuelto por la Coordinación del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, y aquel por el inmediato superior administrativo o funcional, Dirección Territorial del Atlántico.

ARTÍCULO SEXTO: Una vez ejecutoriado el acto administrativo que impone la multa, la suma correspondiente deberá ser consignada conforme a lo establecido en el artículo 2º del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEPTIMO: Remitir al Fondo PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL (FIVICOT), la primera copia autentica con nota de prestar mérito ejecutivo, y los respectivos anexos para el correspondiente cobro.

NOTIFIQUES Y CÚMPLASE



ALCIDES MENDOZA BERMUDEZ

Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control

Proyectó: A. Mendoza.

Revisó/Aprobó: E García Z