

13001-33-33-008-2014-00088-01

Cartagena de Indias D. T. y C, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-008-2014-00088-01
Demandante	Promotora Turística del Caribe - Protucaribe S.A.
Demandado	Nación – Ministerio del Trabajo
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Sanción administrativa

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 7 de abril de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 2 - 13).

a). Pretensiones:

La sociedad comercial Promotora Turística del Caribe - Protucaribe S.A., en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la Nación – Ministerio del Trabajo, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1: Que se declaren nulos los actos administrativos emitidos por la Nación – Ministerio del Trabajo, contenido en las siguientes resoluciones:

1.1. Resolución N° 622 de sep-28-2012, mediante la cual, en síntesis, se impone multa por \$ 45.336.000 (80 SMLMV) a PROTUCARIBE S.A.

1.2. Resolución N° 073 de feb-07-2013, mediante la cual, en síntesis, se confirma la Resolución N° 622, se concede el recurso subsidiario de apelación a los querellantes y se rechaza el recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por Protucaribe S.A.

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

13001-33-33-008-2014-00088-01

1.3. Resolución N° 201 de Mar-18-2013, mediante la cual, en síntesis, se rechaza el recurso de queja presentado por PROTUCARIBE S.A.

1.4. Declarar la nulidad del Decreto 428 de jun-05-2013, mediante la cual, en síntesis, se resuelve la apelación de los querellantes, y se confirma en todas sus partes la Resolución N° 622 de Sep-28-2012, quedando agotada la vía gubernativa.

2. Como consecuencia de la declaración de nulidad solicitada en el numeral anterior, se restablezcan los derechos violados a Protucaribe S.A.; para lo cual solicito que la nación – Ministerio del Trabajo, exonere a Protucaribe S.A. de cualquier pago o responsabilidad por la multa que le impuso a esta última, mediante la Resolución N° 622 de sep-28-2012 y que finalmente quedó confirmada mediante la Resolución N° 428 de Jun-05-2013, tal y como se relata en el presente libelo.

3: Reconocer y pagar a Protucaribe S.A., las costas y agencias en derecho derivadas de este proceso.

b). Hechos.

Para sustentar sus pretensiones la sociedad demandante afirmó lo siguiente:

Es una sociedad comercial anónima de derecho privado, cuyo objeto social consiste en la explotación de negocios relacionados con la industria turística, por lo cual en desarrollo de su objeto es la operadora del "Hotel Las Américas", establecimiento hotelero ubicado en la Boquilla, sobre el Anillo Vial de la ciudad, dotada de una planta de personal que resulta necesaria para para la prestación de servicios a sus huéspedes y clientes.

Mediante autos comisorios Nos. 444 del 30 de abril de 2012 y 525 del 25 de mayo de 2012, el Ministerio del Trabajo comisionó a un funcionario, con el fin de tramitar una investigación administrativa contra Protucaribe S.A.

Por auto de 4 de junio de 2012, acumuló las querellas presentadas por cuatro trabajadores de Protucaribe S.A. (Gabriel de Jesús Bolívar Martínez, Ramón Nicolás Blanquicett Marrugo, Noriel Bolaño De Voz y Javier Buendía Marrugo), para ser tramitadas en la misma actuación administrativa.

Mediante Auto No. 121 del 4 de junio de 2012 se avocó conocimiento de la actuación administrativa. La investigación estaba centrada en dos puntos,1). La realización de exámenes de ingreso y egreso a cuatro trabajadores (Gabriel de Jesús Bolívar Martínez, Ramón Nicolás Blanquicett Marrugo, Noriel Bolaño De Voz y Javier Buendía Marrugo); y 2). La autorización de la Nación — Ministerio del Trabajo para despedir a los cuatro trabajadores mencionados.

13001-33-33-008-2014-00088-01

La Nación — Ministerio del Trabajo, expidió la Resolución N° 622 de septiembre 28 de 2012, mediante la cual impuso una multa por \$ 45.336.000 pesos (80 SMLMV) a PROTUCARIBE S.A., por no haber obtenido una autorización previa para que sus trabajadores laboraran horas extras, sin tener en cuenta que nunca le formularon cargos por ese concepto, ni se señaló en el Auto No. 121 del 4 de junio de 2012, donde quedó enmarcado el objeto de la respectiva actuación administrativa.

El 6 de noviembre de 2012 recibió un oficio fechado de 18 de octubre de 2012, mediante el cual el Ministerio del Trabajo lo citó para que se notificara personalmente de la Resolución sancionatoria; sin embargo, en forma ilegal, se realizó la notificación por edicto de la mencionada resolución, fijándolo el 25 de octubre de 2012 y desfijándolo el 8 de noviembre de 2012. Es decir, cuando PROTUCARIBE S.A. se enteró el 6 de noviembre de 2012 de la expedición de la mencionada resolución, ya el edicto se había desfijado, lo cual es abiertamente ilegal.

Por lo anterior, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. 622 de 2012, teniendo en cuenta que apenas se enteró de la existencia de dicho acto el 06 de noviembre de 2012.

Mediante Resolución N° 073 de 7 de febrero de 2013 se confirmó la resolución recurrida, se concedió el recurso subsidiario de apelación a los querellantes, y se rechazó el recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por Protucaribe S.A., con lo cual, desconoció la irregularidad, consistente en la indebida notificación a Protucaribe S.A., de la Resolución N° 622 de 2012.

Por lo anterior, presentó oportunamente recurso de queja contra la Resolución N° 073 de 7 de febrero de 2013; sin embargo, la demandada rechazó dicho recurso mediante la Resolución N° 201 de 18 de marzo de 2013.

Mediante Resolución N° 428 de 5 de junio 2013 la demandada resolvió la apelación de los querellantes, y confirmó en todas sus partes la Resolución N° 622 de 2012, quedando agotada la vía gubernativa.

c) Normas violadas y concepto de violación

Afirmó la demandante que los actos acusados están viciados de nulidad, conforme a las causales previstas en el inciso segundo del artículo 137 del CPACA, y que violan los artículos 2, 4, 6, 29, 83 y 209 de la Constitución Política; 2 y 3 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.); y 137 del C.P.A.C.A.; y explicó el concepto de la violación con los argumentos que se resumen a continuación.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



13001-33-33-008-2014-00088-01

El acto acusado viola flagrantemente el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la C.P., sin que existiera causa válida para ello; pues fue forzado a soportar un procedimiento viciado de ilegalidad, lo cual es una carga que no debía soportar.

No cuestiona las competencias del Ministerio del Trabajo para investigar y eventualmente sancionar a los administrados, sino la forma ilegal como se llevó a cabo el procedimiento administrativo en el cual se sancionó, pues una cosa es que la entidad demandada tenga facultades para investigar y sancionar, y otra muy distinta es que pueda hacerlo arbitrariamente, tal y como lo hizo en el caso que nos ocupa.

La entidad demandada no puede proceder arbitrariamente, ni PROTUCARIBE S.A. está en la obligación de soportar ese actuar ilegal, por lo que la actuación administrativa en la cual se sancionó a PROTUCARIBE S.A., por lo que el debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la C.P., aplica en dicha clase de actuaciones administrativas, pues así lo ha sostenido el Consejo de Estado.

La entidad demandada violó, dentro de marco del debido proceso, el principio de legalidad, pues no siguió las normas legales y constitucionales que señalaban el procedimiento a seguir para investigar y sancionar; pues cuando expidió el Auto N° 121 del 04 de junio de 2012, estableció que el objeto de la investigación estaba centrado en la realización de exámenes de egreso a los querellantes, y en la autorización por parte del Ministerio del Trabajo para despedir a los querellantes, sin mencionar en parte alguna el tema de la autorización para laborar horas extras.

Los actos acusados resultan violatorios del principio de legalidad, dentro del marco del debido proceso, porque esgrime como fundamentos "ad hoc", entre otros, la violación a los artículos 162 del Código Sustantivo del Trabajo y al Decreto 995 de 1968, lo cual es abiertamente ilegal, porque nunca se le formularon cargos por la presunta violación de tales normas, y por tanto no se le dio la oportunidad de defenderse ni de controvertir sobre tales conceptos.

En cambio, lo que hizo la entidad demandada fue decidir de plano que PROTUCARIBE S.A. sí había violado las normas en comento, de manera totalmente sorpresiva.

Como prueba de que la multa impuesta a PROTUCARIBE S.A. en este caso es totalmente desproporcionada, anexó copia de la Resolución N° 1407 de mayo 06 de 2013, mediante la cual la NACIÓN - MINISTERIO DEL TRABAJO, en otra

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



13001-33-33-008-2014-00088-01

actuación administrativa distinta, le Impuso una multa ostensiblemente menor en su cuantía.

3.2. Contestación de la demanda (fs. 62-69).

Manifestó que el numeral 1 del artículo 3° de la Ley 1610 de 2013 establece que la función preventiva de los Inspectores del Trabajo se encuentra dirigida a prevenir la violación de normas laborales y evitar posibles conflictos entre las partes de la relación laboral; sin embargo, cuando en ejercicio de sus funciones y en el curso de una investigación administrativa, bien sea que se haya iniciado de manera oficiosa o a solicitud de parte, el Inspector del Trabajo detecta que las normas laborales ya han sido transgredidas, no debe aplicar su función de prevención, como quiera que allí se enviste de las facultades de policía administrativa a efectos de imponer la sanción que corresponda, conforme a lo preceptuado por el numeral 2 del artículo 3° de la misma Ley.

De acuerdo con los artículos 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo y la Resolución 404 de 2012, la entidad tiene la competencia General para ejercer la vigilancia y el control sobre el cumplimiento de las normas contenidas en dicho cuerpo normativo, lo cual se puede concretar en la imposición de sanciones de multa.

La demandante recibió la notificación de la Resolución N° 622 del 28 de septiembre de 2012 el día 23 de octubre de 2012, y no el día 6 de noviembre de 2012 como afirma en la demanda, pues la empresa RED postal de Colombia "SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.", lo certificó, mediante escrito de 4 de febrero de 2013.

Respecto de la necesidad de contar con autorización del Ministerio del Trabajo para que los trabajadores de Protucaribe pudieran laborar horas extras, señaló que el artículo 158 del Código Sustantivo del Trabajo define la jornada laboral ordinaria como aquella acordada entre las partes, y si no hubiere convenio, será la máxima permitida por la ley; y que el artículo 159 ibídem define el trabajo suplementario o extra como aquel que excede la jornada ordinaria o la máxima legal, de suerte que se puede interpretar que en efecto el numeral 2 del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo está exigiendo autorización para superar dicho límite, que no es nada distinto a tener que autorizar el trabajo extra.

No obstante, el numeral 2 del artículo 162 del C.S.T., exige autorización del Ministerio del Trabajo únicamente cuando se pretende superar la jornada máxima legal, de manera tal que, si la jornada ordinaria es inferior a esa jornada

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



13001-33-33-008-2014-00088-01

máxima legal, no se requeriría autorización para laborar tiempo extra, siempre que el resultado final no excede esa jornada máxima legal.

Seguidamente el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo crea otras excepciones a esa jornada máxima legal en función de las actividades desarrolladas, y en atención a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, los empleadores deben obtener la autorización del Ministerio para efectos de poder laborar horas extras en determinadas actividades. Adicionalmente, el Decreto 995 de 1968 indica la forma y los requisitos que deben cumplirse a efectos de que el empleador obtenga tal autorización.

La empresa demandante no acreditó en el curso de la investigación administrativa que se hubiese laborado horas extras con fundamento en cualquiera de las excepciones que consagra el artículo 163, tales como fuerza mayor, caso fortuito, amenaza de ocurrencia de un accidente y cuando fueran indispensables trabajos de urgencia que debieran efectuarse en las máquinas o en la dotación de la empresa.

La norma comentada exige que dicho trabajo adicional se realice sólo en la medida necesaria para evitar que la marcha normal de la empresa sufra una perturbación grave, imponiéndole al empleador la obligación de llevar un registro donde conste las horas extras laboradas por cada trabajador, la causa de las mismas, si es que eran extraordinarias, lo efectivamente pagado a cada trabajador por dicho trabajo suplementario, situaciones que tampoco se acreditaron en curso de la investigación administrativa.

Para el caso concreto, con radicado número 05 del 4 de mayo de 2012, los señores Gabriel de Jesús Bolívar Martínez, Ramón Nicolás Blanquicet Marrugo, Noriel Bolaño de Voz y Javier Buendía Marrugo, interpusieron queja contra la demandante.

Mediante autos comisorios números 444 del 30 de abril de 2012 y 525 del 25 de mayo del mismo año, se ordenó al Inspector de Trabajo y Seguridad Social, adelantar las actuaciones administrativas correspondientes. Teniendo en cuenta que existía dos (2) comisiones por los mismos hechos, las mismas pretensiones y entre las mismas partes, el funcionario instructor mediante Auto de 4 de junio de 2012, acumuló las querellas, las que en su oportunidad le fueron comunicadas a la parte interesada, y quien presentó los descargos oportunamente.

13001-33-33-008-2014-00088-01

Luego de trabada la controversia administrativa entre las partes, y teniendo en cuenta que en la queja se habla de la jornada laboral, entre otros, el comisionado dispuso la práctica de una inspección administrativa laboral en las oficinas de la empresa PROTUCARIBE S.A., para el día 9 de agosto de 2012, previa comunicación a las partes interesadas.

En la visita administrativa se logró comprobar que en la empresa PROTUCARIBE S.A., se laboraban horas extras, por lo cual el comisionado concedió plazo a la empresa PROTUCARIBE S.A., para que dentro del término de tres (3) días presentara la autorización expedida por el Ministerio del Trabajo para laborar horas extras, claro está, que debía ser por lo menos con anterioridad al nueve (9) de agosto de 2012, fecha en la cual se efectuó la visita administrativa como prueba.

El día 14 de agosto de 2012, la empresa PROTUCARIBE S.A., remitió copia de la autorización expedida por este Ministerio para laborar horas extras, con Resolución número 501 del 14 de agosto de 2012, no obstante, era posterior a la prueba practicada.

Por lo anterior, el Coordinador del Grupo Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de esta Territorial, mediante la Resolución N° 622 del 28 de septiembre de 2012, sancionó a la empresa.

Inconforme con dicha decisión, PROTUCARIBE S.A., presentó recurso de reposición ante el Coordinador del Grupo Prevención, Inspección, Vigilancia y Control y, en subsidio apelación ante el Director Territorial, el cual fue rechazado por extemporáneo, advirtiendo que contra dicho acto era procedente el de queja ante el superior.

Frente a la violación al debido proceso que le endilga la demandante por supuesto trámite ilegal del procedimiento administrativo, indicó que sus actuaciones se ajustan a las normas vigentes y que otorgó al querellado la garantía del derecho de defensa, que se concreta en la posibilidad que allegue pruebas, como las allegó en la diligencia de inspección ocular, y tuvo la oportunidad de impugnar las decisiones adoptadas por la administración. Otra cosa es que, una vez surtida la oportunidad procesal para presentar los recursos, se presentaron en forma extemporánea.

Si bien el objeto de la sanción no fue el objeto central de la querrela presentada por los querellantes, con la cual se inició la investigación administrativa, el hallazgo sobre la eventual violación a las normas laborales puede ser conocido

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



13001-33-33-008-2014-00088-01

de oficio, por esta autoridad administrativa, siempre que se garanticen los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, lo cual sucedió en el presente caso, pero lamentablemente los recursos fueron presentados extemporáneamente.

Lo anterior no significa que el funcionario haya obrado arbitrariamente, más aun la queja hace alusión o referencia a la jornada de trabajo, y al constatar en la visita administrativa laboral realizada el 9 de agosto de 2012, que efectivamente en la empresa PROTUCARIBE S.A., se laboran horas extras, y ello hace parte y se encuentra relacionada con la salud del trabajador se procedió a solicitar la tan mencionada autorización para laborar horas extras, concediendo un plazo de tres (3) días hábiles para que presentara dicha autorización.

Manifestó que lo grave para el demandante era la investigación que de oficio se les inició por las horas extras laboradas por los querellantes, pero este nada dijo sobre la multa misma, es decir, nunca manifestó que fue impuesta ilegal o injustamente porque ellos contaran la autorización expedida por el Ministerio para esos efectos, es decir evadió pronunciarse sobre este punto, lo que conlleva a una confesión ficta o presunta. El demandante en ninguna parte de los hechos, ni del concepto de violación, expresa que ellos contaran con la autorización de ese Ministerio para que sus empleados laboran horas extras.

3.3. Sentencia apelada (fs. 1029-1044).

El Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 7 de abril de 2015, negó las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos:

De acuerdo con las pruebas allegadas, si fue notificada de la investigación de manera adecuada, de acuerdo con lo ordenado por el C.C.A., norma que regía para la fecha. Tanto es así que a folio 512 del Cuaderno No. 3 se observa copia del Edicto que notificó la Resolución No. 622 del 28 de septiembre de 2012, por medio de la cual se le impone una sanción a la empresa PROTUCARIBE S.A., el cual tenía como fecha de desfijación el día 8 de noviembre de ese mismo año; fecha desde la cual se comenzarían a contar los cinco (5) días para presentar los recursos de reposición y apelación.

Aunque la demandante manifiesta que recibió la citación el día 6 de noviembre de 2012, obra prueba en el expediente que la actora recibió el oficio de citación a notificación el 23 de octubre de 2012, según consta en copia de la planilla con firma de recibo y certificación emitida por la empresa de Correos 4-72 (Ver folios 708 y 709 del cuaderno 4); citación que obvió, por razón de lo cual el Ministerio

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



13001-33-33-008-2014-00088-01

de Trabajo procedió a la notificación por Edicto, quedando ejecutoriado el acto administrativo el día 16 de noviembre 2012.

Es decir que el día 23 de noviembre de 2012 se presentaron los recursos de reposición y subsidio en apelación (Ver folio 679 C. 4), en forma extemporánea.

Luego, es claro entonces que PROTUCARIBE S.A., dejó transcurrir un mes desde que recibió la citación y quince días desde que se desfijó el Edicto para hacer uso de derecho a controvertir en vía gubernativa la sanción que se le impuso; lo que permite concluir que por este motivo no se encuentra viciado de nulidad los actos administrativos demandados.

Frente a los motivos por los cuales se abrió investigación, afirmó que las normas aplicables al Ministerio del Trabajo lo facultan para investigar y sancionar por el incumplimiento de normas laborales, y en el caso específico sobre el incumplimiento del procedimiento legal para obtener la autorización y ejecución de laborar horas extras; situación que riesgos laborales, como se puede observar en el expediente de investigación y que se encuentra en los Cuadernos Números 3, 4 y 5 del expediente; todo lo cual permite concluir, que el Ministerio del Trabajo sólo cumplió con sus funciones de vigilancia y control que le impone la ley y al amparo de las cuales impuso sanción a la demandante dentro del marco del procedimiento aplicable en ese momento y, por lo tanto, en cumplimiento del debido proceso.

3.4. Del recurso de apelación (fs. 77-87)

La demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

El problema jurídico planteado por el A quo fue desacertado, toda vez que el punto central a determinar era la legalidad de los cuatro actos acusados en la demanda, y no la de solo uno de ellos tal y como se expuso en la sentencia recurrida. En consecuencia, la respuesta que dio a dicho problema fue igualmente desacertada, pues no fue uno solo el acto acusado.

Además, tampoco tuvo en cuenta la prueba denegada en primera instancia, respecto a la cual hay pendiente un recurso de apelación.

El material probatorio no se agota con la simple copia del expediente administrativo, pues la decisión de no decretar una se encuentra pendiente de un recurso de apelación, y en caso de ser decretada y practicada permitirá establecer la falta de proporcionalidad en la multa impuesta.

13001-33-33-008-2014-00088-01

El Juez A quo no tuvo en cuenta la Resolución N° 1407 de mayo 6 de 2013, mediante la cual la Nación—Ministerio del Trabajo, en otra actuación administrativa distinta a la que es objeto del presente proceso, le impuso una multa, pero en una cuantía menor.

Con esta ostensible desproporción en la multa impuesta, la entidad demandada ha violado el principio de proporcionalidad, el cual supone una apropiada ponderación de la sanción acorde con la conducta desplegada por el investigado.

Luego, tanto en los hechos objeto de este proceso como en todas sus actuaciones, ha procedido de buena fe, amparada en la confianza legítima, honrando todos y cada los compromisos inherentes a su condición de empleador. Además, analizando la sanción impuesta, y la conducta por él desplegada, no se entiende qué clase de dosimetría o ponderación se tuvo en cuenta para la imposición de la multa, cuya cuantía es ostensiblemente excesiva.

Independiente de la conducta en la cual hubiere podido incurrir, no se evidencia el alcance objetivo de un daño inferido por la parte demandante, para tenerlo en cuenta en la imposición de la sanción, y tampoco se estableció una metodología para la dosificación de la multa.

Por las razones anteriores, los actos acusados resultan contrario a derecho, si el primer acto acusado es desproporcionado y contrario a derecho, se sigue necesariamente la ilegalidad y nulidad de los otros actos acusados, surgidos con posterioridad; y en este orden de ideas, la respuesta correcta al problema jurídico es que los actos acusados son ilegales y procede su nulidad y el correspondiente restablecimiento.

Con independencia de que la sociedad demandante haya cometido o no alguna infracción administrativa, el Ministerio del Trabajo no podía sancionarlo arbitrariamente, como en efecto lo hizo, vulnerando sus garantías fundamentales y las normas más básicas del procedimiento administrativo.

Lo grave no es la sanción como tal, sino su desproporción y forma ilegal como se estableció.

La sentencia avala la tesis de que las entidades públicas, por el simple hecho de tener una potestad sancionatoria, pueden ejercerla como les plazca. Si así fueran las cosas, entonces no existirían los controles judiciales de legalidad.

3.5. Actuación procesal en segunda instancia.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



13001-33-33-008-2014-00088-01

Mediante auto de 17 de junio de 2015 se admitió el recurso de apelación (**f. 3 Cuaderno segunda instancia**), y mediante auto de 6 de agosto de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (**f. 6 ibídem**).

La parte demandante presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en el recurso de apelación (**fs. 9-10 ibídem**); la parte demandante no presentó alegatos y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar, de acuerdo con el recurso de apelación interpuesto, 1) si podía el juez a quo dictar fallo de primera instancia antes de que el superior decidiera un recurso de apelación contra un auto que negó el decreto de una prueba; y 2) en caso afirmativo, si la sanción impuesta por el Ministerio del Trabajo atendió el principio de proporcionalidad que rige en materia de administrativa sancionatoria.

Antes de responder los interrogantes anteriores, la Sala estima necesario pronunciarse sobre la configuración de la excepción de inepta demanda por la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad referido a la interposición del recurso de apelación en vía administrativa.

5.3. Tesis de la Sala.

Tal como lo constató el Juez A quo en la sentencia apelada, el demandante no presentó oportunamente el recurso de apelación contra el acto administrativo

13001-33-33-008-2014-00088-01

definitivo que decidió el procedimiento sancionatorio seguido en su contra por el Ministerio del Trabajo; y aunque omitió declarar que esa circunstancia configura la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161-2 del CAPACA, esta Sala lo declarará de oficio en ejercicio de sus competencias.

Dicha declaración hace innecesario el estudio de los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

5.4. Declaración oficiosa de excepción de falta de agotamiento de requisito de procedibilidad por no haberse haberse ejercido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios.

El artículo 161 del C.P.A.C.A., estatuto en cuya vigencia se interpuso la demanda objeto de pronunciamiento en segunda instancia, establece los requisitos de procedibilidad para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los siguientes términos:

Requisitos de procedibilidad.

Artículo 161. Requisitos previos para demandar. *La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

1. (...).

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios.

El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral. (...).

En el presente caso la parte demandante solicita que se declare la nulidad de tres (3) resoluciones; la primera de las cuales le impone una sanción administrativa; la segunda que le rechaza el recurso de reposición y en subsidio de apelación por extemporáneos; y la tercera que rechazó por improcedente el recurso de queja contra la decisión anterior, por improcedente.

De ser cierto que el demandante interpuso extemporáneamente el recurso de apelación contra la resolución sancionatoria inicial, habría incumplido el requisito de procedibilidad consistente en haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios, puesto que el de apelación era procedente en este caso, es obligatorio y su presentación extemporánea debe

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



13001-33-33-008-2014-00088-01

ser considerado como un incumplimiento de dicho requisito, que solo se cumple cuando se presenta la apelación en forma oportuna.

Si bien el juez a quo debió examinar el cumplimiento de este requisito desde la admisión de la demanda, lo cierto es que no lo hizo en esa oportunidad, y cuando en la sentencia de primera instancia constató que el recurso de apelación fue presentado tardíamente en vía administrativa, omitió tener como probada la excepción que con dicha circunstancia se configura, lo cual no impide que de manera oficiosa lo haga este Tribunal en segunda instancia, como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Para demostrar que se configuró en este caso la excepción comentada, conviene anotar que la notificación personal de la Resolución No. 622 de 28 de septiembre de 2012, acto administrativo definitivo acusado, se rigió por los artículos 44 y 45 del C. C. A., vigente al momento de su expedición, cuyo texto es el siguiente:

“ARTÍCULO 44. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.

En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este código.

ARTÍCULO 45. Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia.

En el expediente obra copia de la Resolución No. 622 de 28 de septiembre de 2012, mediante la cual el Ministerio demandado impuso una sanción de multa a PROTUCARIBE S.A., y señaló que en su contra procedían los recursos de reposición

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



13001-33-33-008-2014-00088-01

y de apelación en subsidio, ante la Coordinación y la Dirección Territorial dentro de los 5 días siguientes a su notificación personal o a la desfijación del edicto (fs. 18-23).

De acuerdo con lo probado en el proceso, el Ministerio del Trabajo cumplió, de acuerdo con el artículo 44 del C.C.A., con el deber de enviar por correo certificado una citación, mediante oficio de 18 de octubre de 2012, a la dirección de PROTUCARIBE; y anexó la constancia del envío al expediente. En efecto, esta probado que la resolución a notificar tiene fecha de 28 de septiembre de 2012 y el oficio citatorio tiene fecha 18 de octubre de 2012.

De acuerdo con las afirmaciones de la parte demandante el Ministerio le envió una citación para que compareciera a notificarse personalmente, y que la misma fue recibida el 6 de noviembre de 2012.

La afirmación sobre la fecha de recibo del oficio citatorio por la parte demandada resulta desvirtuada con la planilla de entrega de envío certificado No. RB641960644CO que obra a folio 708 del cuaderno No. 4 del expediente, en cual consta que el envío certificado anterior, dirigido a PROTUCARIBE S.A., a la dirección BOQUILLA, K-9 22 – 263 Anillo Vial Sector Cielo Mar, **fue recibido en esa dirección el día 23 de octubre de 2012** por una persona que anotó como firma “Claudia C”. (fs. 708 c.4).

En este punto conviene aclarar que la fecha que se debe tener en cuenta para contar el término para interponer recursos contra la resolución acusada es la de la entrega por parte de la empresa de correo, certificada en la planilla de entrega, suscrita en este caso por la persona que entregó en nombre de la empresa 472 y por la persona que recibió el día 23 de octubre de 2012 en la dirección de PROTUCARIBE S.A.

El oficio citatorio remitido por el Ministerio demandado, aportado por la parte demandante, tiene nota de haber sido recibido por la señora JANNIA LIZARAZO, el día 6 de noviembre de 2012; firma acompañada de un sello de PROTUCARIBE S.A.

No obstante, dicha anotación y sello fueron sin duda impuestos luego de abierta la correspondencia de manera unilateral por PROTUCARIBE S.A., correspondencia a la que no tienen acceso los empleados de la empresa de correo, cuya actividad es previa y queda registrada en la planilla de entrega, a la que sí tienen acceso tanto la persona que entrega como la que recibe la correspondencia, quienes, además, la suscribieron; planilla que registró como

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9

13001-33-33-008-2014-00088-01

fecha de entrega el 23 de octubre de 2012, a la cual se sujeta la Sala para efectos de computar el término para interponer los recursos en vía administrativa.

A folios 25 y 26 figura edicto mediante el cual el Ministerio del Trabajo procede a notificar al representante legal de PROTUCARIBE S.A., el contenido de la Resolución No. 622 de 28 de septiembre de 2012, por medio de la cual se impone una sanción, “teniendo en cuenta que agotados los mecanismos de notificación personal conforme al artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, sin que haya sido posible tal notificación, se transcribe, a efectos de dar cumplimiento al artículo 45 del mismo estatuto administrativo...”, el cual se encuentra fijado el 25 de octubre de 2012 a las 8.00 a.m., y se desfijó el día 8 de noviembre de 2012 a las 5 p.m. (fs. 25 y 26).

De acuerdo con lo expuesto, con la desfijación del edicto se perfeccionó la notificación personal de la Resolución 622 de 28 de septiembre de 2012, por lo que tenía cinco (5) días para interponer el recurso de apelación en subsidio del de reposición - como lo señalaban el artículo 51 del C. C. A., y la resolución misma -, se presentó tardíamente el día 23 de noviembre de 2012, como consta en el expediente administrativo y en los actos acusados; y que dio lugar al rechazo del recurso por extemporáneo y al rechazo del recurso de queja contra el acto de rechazo; decisiones contenidas en las resoluciones 073 de 7 de febrero de 2013 y 201 de 18 de marzo de 2013, respectivamente, también demandadas.

Como se dijo al inicio de este acápite, el juez de primera instancia constató la presentación inoportuna del recurso de apelación, de carácter obligatorio por parte de la sociedad demandante, pero omitió declarar la consecuencia procesal que necesariamente deriva de ello, cual es la declaración oficiosa de la excepción de falta agotamiento del requisito de procedibilidad, que esta Sala declarará en segunda instancia, lo cual impone la previa revocación de la sentencia apelada, que en vez de denegar las pretensiones debió declarar la referida excepción.

La circunstancia anotada impide a la Sala avocar el estudio de los motivos de inconformidad del apelante, que solo procedería en el caso de que hubiera agotado el requisito de procedibilidad examinado, lo cual no hizo.

Pone de relieve la Sala que los argumentos expuestos por el juez para considerar extemporánea la presentación del recurso de apelación en vía administrativa no fue materia de cuestionamiento por parte del actor en el recurso de apelación bajo estudio.

13001-33-33-008-2014-00088-01

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia apelada, proferida el 7 de abril de 2015 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

En su lugar, se declara probada la excepción de falta de agotamiento de requisito para demandar, prevista en el numeral 2 del artículo 161 del C.P.A.C.A.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante; liquídense por el Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

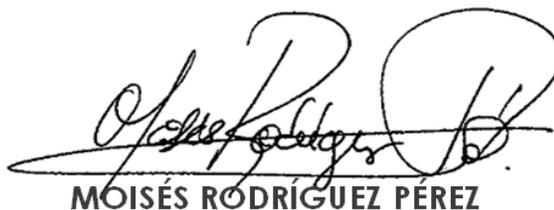
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ