Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veinticuatro (24) de febrero del dos mil veintidós (2022)

Radicado	**73001 33 33 010 2019 00156 00**
Medio de control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**GESTAR PHARMA S.A.S EN LIQUIDACIÓN.**
Demandado:	**NACIÓN - MINISTERIO DE TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL TOLIMA**
Asunto:	**Sanción administrativa laboral**
Sentencia:	0003

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió **GESTAR PHARMA S.A.S EN LIQUIDACION** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL TOLIMA**

1. PRETENSIONES

1.1. Que se declare la nulidad, reforme o revoque la resolución No. **000238** del **26 de julio del 2017** proferida por el **Ministerio del Trabajo - dirección territorial del Tolima** por medio de la cual se impuso una sanción económica a **GESTAR PHARMA S.A.S en LIQUIDACIÓN**, en cuantía de veintinueve millones quinientos ocho mil seiscientos ochenta ($29.505.680) pesos equivalentes a 40 SMLMV.

1.2. Que se declare la nulidad de la resolución No. **344 del 23 de agosto del 2018** proferida por el Ministerio del Trabajo - dirección territorial del Tolima por medio de la cual se confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución No 000238 del 26 de julio del 2017.

1.3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se ordene dejar sin efectos la sanción impuesta con el correspondiente valor establecido y se restablezca el derecho de la accionante.

1.4. Que se ordene el archivo del expediente abierto en contra de la accionante respecto de la multa impuesta.

1.5. Que condene en costas y agencias en derecho a la entidad accionada.

1.6. Que se dé cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1. Que la empresa Gestar Pharma S.A.S. y la señora Johanna Andrea Acosta Hernández suscribieron contrato de trabajo a término indefinido para realizar las funciones de administrador de servicios farmacéuticos a partir del 20 de noviembre del 2014

2.2 La señora Johanna Andrea Acosta Hernández fue diagnosticada por ortopedia con la enfermedad denominada epicondilitis lateral bilateral crónica, que no presentaba al momento de ingresar a laborar a la empresa.

2.3 Que el departamento de medicina laboral de la EPS Cafesalud remitió a Gestar Pharma S.A.S recomendaciones laborales para su implementación, respecto de la señora Johana Andrea Acosta.

2.4 El departamento de medicina laboral de la EPS Cafesalud el 15 de julio del 2016 calificó el origen de la enfermedad epicondilitis lateral bilateral de la señora Acosta como de origen común.

2.5 En el examen médico ocupacional por retiro la doctora Maryluz Porras Álvarez recomendó valorar por ortopedia de la ARL a la señora Johanna Andrea Acosta Hernández por considerar que presenta sospecha de enfermedad de origen probablemente laboral y considera el examen de egreso no satisfactorio.

2.6 Que la coordinadora de talento humano de Gestar Pharma S.A.S mediante oficio calendado el 9 de agosto del 2016 comunicó la decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo suscrito el 20 de noviembre del 2014 con la señora Johanna Andrea Acosta Hernández

2.7 La señora Johanna Andrea Acosta Hernández identificada con la cedula de ciudadanía No 28.558.609 de Ibagué, instauró queja radicado No 72010116115 del 26 de septiembre del 2016, en contra de Gestar Pharma por despido sin justa causa del cargo de administradora de servicios farmacéuticos con contrato a término indefinido, sin permiso del Ministerio del Trabajo, encontrándose en estabilidad laboral reforzada.

2.8 El Coordinador del grupo de prevención, inspección, vigilancia, control y resolución de conflictos - conciliaciones del Ministerio del Trabajo territorial Tolima mediante **auto No 001070** del **19 de octubre del 2016** y dentro del proceso **72010161** avocó conocimiento de la actuación administrativa ordenada en contra de Gestar Pharma, para verificar el cumplimiento de la normatividad laboral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la ley 1437 del 2011

2.9 Mediante resolución **No 000238 del 28 de julio del 2017** la Coordinadora del grupo de prevención, inspección, vigilancia, control y resolución de conflictos - conciliaciones del Ministerio del Trabajo territorial Tolima decidió el procedimiento administrativo sancionatorio y resolvió la investigación administrativa laboral en el expediente 72010161.

2.10 Que el acto administrativo sancionatorio se notificó por aviso y el 29 de agosto del 2017 dentro del término legal, se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.

2.11 Que la Coordinadora del grupo de inspección no se pronunció respecto del recurso de reposición interpuesto y omitiéndose esta etapa obligatoria del proceso sancionatorio se procedió a resolver el recurso de apelación por parte del director territorial Tolima del Ministerio de Trabajo.

2.12 Mediante **resolución No 344** del **23 de agosto del 2018** el director territorial de trabajo del Tolima, resolvió el recurso de apelación y confirmó en todas y cada una de sus partes el acto administrativo sancionatorio declarando agotada la vía gubernativa

2.13 Que la **resolución No 00277 del 18 de julio del 2018** no fue notificada a la accionante.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante apoderado judicial, la entidad accionada contestó la demanda (fl 238 - 244), oponiéndose a la nulidad de los actos enjuiciados, resoluciones 238 del 2017, 277 del 2018 y 344 del 2018, como quiera que no es cierto que las mismas hayan sido expedidas con desconocimiento de las facultades de policía administrativa laboral del Ministerio del trabajo, señaladas en el artículo 486 del código sustantivo del trabajo como tampoco es posible deprecar de la actuación administrativa un supuesto silencio administrativo.

Señaló que la accionante incumplió con la obligación de solicitar el permiso o autorización del Ministerio del trabajo previo a la desvinculación de una trabajadora que se encontraba en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud.

Que el articulo 26 ley 361 de 1997 impone al empleador la obligación de mantener el vínculo laboral mientras perdure la incapacidad y de reincorporar el trabajador a un cargo acorde con sus condiciones de salud dentro de lo posible, que si el empleador cumple con sus obligaciones frente al trabajador incapacitado y si aun así considera necesario ejercer la facultad de despido por causa justa, debe seguir el procedimiento establecido en el citado artículo, por tratarse de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha reiterado la interpretación protectora[1]

En el caso presente se reprochó la conducta del sancionado que ejerció injustificadamente la facultad de terminación del contrato, sin que existiera una razón constitucional para incumplir con la obligación de solicitar la autorización del inspector de trabajo, pues a la trabajadora despedida si le es aplicable lo establecido en el artículo 26, por hallarse en recomendaciones laborales, en proceso de rehabilitación, situación que se refuerza con el examen médico de egreso, en donde se consigna la existencia de posible enfermedad de origen laboral.

Que la sancionada confunde la facultad sancionatoria del Estado a través de las funciones coactiva y de policía del ministerio con la definición de derechos individuales propios del juez laboral y con la sanción impuesta en ningún momento se reconoció derecho alguno a la trabajadora, sino que se reprochó y sancionó de manera objetiva la conducta omisiva en cumplir una norma laboral de autorización de despido, puesto que la Corte Constitucional ha señalado que la estabilidad laboral reforzada no se debe limitar a quienes hayan sido calificados con una pérdida de la capacidad laboral moderada, severa profunda o cuenten con certificación que acredite en que han perdido su fuerza laboral[2]

Agrega que la accionante no acreditó haber protocolizado la existencia del silencio administrativo positivo previo a que se le notificara la resolución que puso fin a la vía gubernativa, como lo exige el artículo 85 del CPACA.

[1] Corte constitucional sentencia C-200 del 2019. M.P. Gloria Ortiz Delgado.
[2] Remitirse a sentencias T-041 del 2019, C-200 del 2019 y SU 049 del 2017 Corte Constitucional

Culmina señalando que los actos administrativos demandados gozan de total validez y son legales siendo expedidos en concordancia y observancia de las disposiciones normativas y jurisprudenciales sobre el empleo y las objeciones planteadas por la accionante no los despojan de la presunción de legalidad, sin que se haya demostrado vicio alguno, solicitando desestimar en su totalidad las pretensiones de la demanda.

Propuso las excepciones de: *1. caducidad del medio de control 2. Indebida conformación de la litis - tercero con interés -SENA 3. Legalidad y plena validez de los actos administrativos demandados. 4. Innominada.*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN y CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante.

Dentro del término legal concedido el apoderado de la parte actora presentó su escrito de alegatos de conclusión[3], indicando que los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Trabajo por medio de los cuales se impuso una multa a la sociedad GESTAR PHARMA S.A.S., se encuentran viciados de nulidad por falta o falsa de motivación ya que fueron expedidos sin el cumplimiento y concordancia de las disposiciones constitucionales y legales: artículo 29 Constitución Nacional, artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 2, numeral 1 del Código Procesal del Trabajo y el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011

Que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en reiterados pronunciamientos ha indicado para determinar que se considera una persona con limitación:

> *"El artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación "moderada" es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; "severa", la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50% (...) Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada."*

La protección legal que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 solo se podrá conceder a los trabajadores con una limitación igual o superior a la moderada, es decir, a trabajadores que hayan sido calificados un 25% o más de pérdida de capacidad laboral y la quejosa no aportó ningún documento que probara la pérdida de capacidad en un 25% o más, por lo tanto, no era beneficiaria de la protección de la Ley 361 de 1997 y aun cuando le fue diagnosticada una enfermedad, la misma no repercutió de manera sustancial en el desarrollo de sus funciones, por lo tanto, no se consideró como una trabajadora que adquiera una protección constitucional especial por no encontrarse en un estado de vulnerabilidad debido a su afección. expediente administrativo que se adelantó en contra de mi representada, la quejosa no aportó.

Este conflicto corresponde a los jueces laborales quienes son los competentes a dirimir conflictos como el presente caso, si efectivamente la accionante incumplió con su obligación de solicitar el permiso o no al Ministerio de Trabajo para el retiro de la quejosa, máxime cuando la misma no presentaba una pérdida de capacidad del 25% como lo exige la ley. Para este caso, no se calificó la incapacidad de la extrabajadora que pudiera

[3] Archivo No 26 del Expediente digital

determinar el verdadero estado de salud en el que se encontraba y por consiguiente era procedente el despido sin que mediara la autorización del Ministerio de Trabajo, se excedió en su decisión al efectuar juicios de valor en una controversia de competencia de los jueces del trabajo, entidad demandada vulneró lo dispuesto en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo y las contenidas en el artículo 2, numeral 1, del Código Procesal del Trabajo, anteriormente mencionado.

Que aun cuando el ministerio pronunció frente al recurso de reposición interpuesto la decisión no fue notificada a la accionante como queda demostrado con el documento guía número RN983737440CO expedido por MENSAJERÍA 472 de fecha 01 de agosto de 2018 (a folio 104 del expediente administrativo) que expresa lo siguiente: "devolución entregada al remitente", por tal razón, el documento no fue recibido por la accionante y se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria.

Que la accionada al realizar la tasación de la sanción en contra de la empresa demandante, desconoció el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnización que oportunamente se realizó a la señora Johanna Acosta y mantuvo como uno de sus criterios para la tasación lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 12 de la Ley 1610 de 2013 que indica "beneficio obtenido por el infractor para sí", aun cuando dentro de estas resoluciones en el acápite de pruebas numerales 10 y 11, se relacionan los documentos de la liquidación laboral y la consignación bancaria de dichos emolumentos tendría la obligación legal de disminuir el valor de la sanción impuesta en contra de la demandante

En consecuencia, los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Trabajo por medio de los cuales se impuso una multa a la sociedad GESTAR PHARMA S.A.S. EN LIQUIDACION se encuentran viciados de nulidad por haberse sido expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse.

4.2. Parte demandada

La apoderada del Ministerio del Trabajo presentó sus alegatos de conclusión[4] y expuso que se opone a la prosperidad de las pretensiones, en razón a que no existe ningún cargo que esté debidamente sustentado y probado sobre las supuestas irregularidades que desvirtúen la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Señaló que el Ministerio del Trabajo no actuó por fuera del marco legal que le otorga la función de policía administrativa laboral y mucho menos desbordó sus funciones para favorecer a la trabajadora querellante como mal lo sugiere la parte accionante. De la lectura cuidadosa del expediente administrativo, así como de las resoluciones atacadas se observa que el derrotero de la entidad fue la jurisprudencia de la Corte Constitucional que establece la garantía de estabilidad laboral reforzada en asuntos de salud

Agregó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 - el cual ha sido ampliamente interpretado por la Corte Constitucional - introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una protección especial en relación con los empleados que se encuentran en situación de debilidad para evitar su desvinculación arbitraria e intempestiva, como quiera que han sido reconocidos como sujetos de especial protección constitucional.

[4] Archivo No 24 del Expediente digital

Reiteró que lo que se reprochó v sancionó fue de manera objetiva la conducta omisiva del empleador en cumplir una norma laboral de autorización de despido, al incumplir su obligación de solicitar la autorización del inspector del trabajo.

Que, en referente al procedimiento administrativo adelantado y el respeto de las ritualidades propias del debido proceso, se brindó la garantía y oportunidad para ejercer el derecho de audiencia y contradicción al sancionado, a quien se le permitió en todo tiempo su intervención y aportación de pruebas.

Concluyó señalando que no existe vulneración del debido proceso de parte de la Dirección territorial del Tolima del Trabajo ya que las etapas procesales se surtieron de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 47 y siguientes del CPACA dándose inicio en averiguación preliminar a la denuncia presentada por una ciudadana con relación a la presunta vulneración de las normas laborales como es de su competencia evidenciándose en desarrollo de esta etapa procesal, que existían méritos para iniciar un proceso administrativo sancionatorio, además, los cargos fueron formulados señalando con precisión y claridad las normas vulneradas, y se razonó la decisión con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia.

Así mismo, se tiene que, el acto administrativo sancionatorio fue expedido de conformidad con la valoración probatoria y los argumentos facticos y jurídicos necesarios que dotan de plena validez y eficacia el acto primigenio y de los recursos de reposición y de apelación surtidos en la sede administrativa y como consecuencia se deben desestimar en su totalidad las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. Problema jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados – resoluciones 00238 del 28 de julio del 2017, 00277 del 18 de julio del 2018 y 344 del 23 de agosto del 2018 - mediante los cuales el Ministerio del trabajo sancionó a la accionante por la omisión de solicitar autorización al Ministerio de trabajo establecida en el artículo 26 ley 361 de 1997, para desvincular a la señora Johanna Andrea Acosta Hernández por encontrarse en debilidad manifiesta por su estado de salud, o, en su defecto declarar que, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO

6.1. Tesis de la parte accionante.

Debe accederse a las pretensiones de la demanda porque el Ministerio de trabajo vulneró el derecho fundamental al debdo proceso al expedir los actos administrativos sin competencia legal para realizar juicios de valor, en tratándose de controversias individuales originados en contratos laborales, los cuales fueron suscritos entre Gestar Pharma y la señora Johanna Acosta de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral, acorde con el artículo 486 del C.S.T que señala las funciones del Ministerio de inspección, vigilancia y control a los empleadores, imponiendo sanciones por el carácter de policía que le otorga la norma en situaciones netamente objetivas.

Que la accionada no notificó lo decidido en el recurso de reposición dentro del término legal establecido en el artículo 52 del CPACA, y por tanto debe entenderse fallados a favor del recurrente y habiendo caducado la facultad sancionatoria, los actos administrativos

enjuiciados se encuentran viciados de nulidad, por haberse expedido con violación a las normas en que debía fundarse.

6.2. Tesis de la parte accionada.

Se deben negar las pretensiones teniendo en cuenta que el Ministerio no actuó por fuera del marco legal que le otorga la función de policía administrativa laboral y mucho menos desbordó sus funciones para favorecer a la trabajadora querellante como mal lo sugiere la parte accionante, puesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 - el cual ha sido ampliamente interpretado por la Corte Constitucional - introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una protección especial en relación con los empleados que se encuentran en situación de debilidad para evitar su desvinculación arbitraria e intempestiva, como quiera que han sido reconocidos como sujetos de especial protección constitucional sin que exista vulneración del debido proceso de parte de la Dirección territorial ya que las etapas procesales se surtieron de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 47 y siguientes del CPACA dándose inicio en averiguación preliminar a la denuncia presentada por una ciudadana con relación a la presunta vulneración de las normas laborales, como es de competencia del ministerio, evidenciándose en desarrollo de esta etapa procesal, que existían méritos para iniciar un proceso administrativo sancionatorio

6.3. Tesis del despacho.

Considera el Despacho que se deben negar las pretensiones de la demanda, porque los actos administrativos enjuiciados fueron expedidos por el Ministerio de trabajo acorde con la normatividad existente aplicable a los actos sancionatorios y en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a la estabilidad laboral reforzada de empleados en debilidad manifiesta por su estado de salud.

7. Hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
Que Gestar Pharma y la señora Johanna Andrea Acosta Hernández suscribieron contrato de trabajo a término indefinido para realizar las funciones de administrador de servicios farmacéuticos	**Documental:** Copia contrato (fl 105 al 108 cuaderno principal medio físico – Pág. 33-36 del Archivo 10 del E.D.)
Que la empresa Gestar Pharma decidió dar por terminado el contrato de trabajo suscrito el 20 de noviembre del 2014 con la señora Johanna Andrea Acosta Hernández	**Documental.** Copia oficio calendado el 9 de agosto del 2016 (fl 79 cuaderno principal medio físico - pág. 3 Archivo 10 del ED)
La señora Johanna Andrea Acosta Hernández presentó ante el Ministerio de trabajo queja administrativa en contra de Gestar Pharma No radicado No 72010116115 por el despido sin permiso encontrándose con estabilidad reforzada por su estado de salud causada por la epicondilitis bilateral crónica	**Documental.** Oficio radicado el 5 de octubre del 2016 (fl 77 y 78 cuaderno principal medio físico - pág. 2 Archivo 10 del ED)
El departamento de medicina laboral de la EPS Cafesalud remitió a Gestar Pharma las recomendaciones laborales respecto de la señora Acosta Hernández.	**Documental.** Oficio de fecha 29 de febrero del 2016 (fl 82 al 85 cuaderno principal medio físico - pág. 6-9 Archivo 10 del ED)
El departamento de medicina laboral de la EPS Cafesalud calificó el origen de la enfermedad epicondilitis lateral bilateral de la señora Acosta como de origen común	**Documental.** Oficio de fecha 15 de julio del 2016 (fl 90 cuaderno principal medio físico - pág. 16 Archivo 10 del ED)
El examen de egreso se consideró no satisfactorio, recomendándose valoración por ortopedia de la ARL, ante la sospecha de enfermedad laboral: epicondilitis lateral bilateral	**Documental.** Copia examen médico ocupacional por retiro realizado por el médico ocupacional el 18 de agosto del 2016 (fl 81 cuaderno principal medio físico - pág. 5 Archivo 10 del ED)

El Coordinador del grupo de prevención, inspección, vigilancia, control y resolución de conflictos -conciliación del Ministerio del Trabajo avoco conocimiento de la actuación administrativa preliminar ordenada a la accionante por violación a la normatividad	**Documental.** Copia auto No 01070 del 19 de octubre del 2016 (fl 91 y 92 cuaderno principal medio físico – pág. 17-19 de Archivo 10 del E.D.)
El auto de apertura de averiguación preliminar fue notificado a la accionante	**Documental.** Copia oficio No 7273001 del 23 de noviembre del 2016 (fl 95 cuaderno principal medio físico – pág. 22-23 del Archivo 10 del ED)
Gestar Pharma adjunto los documentos solicitados y expuso los motivos de terminar el contrato en forma unilateral	**Documental.** Copia oficio de fecha 28 de noviembre del 2016 (fl 96 al 98 cuaderno principal medio físico - pág. 24-26 del archivo 10 ED)
El Coordinador del grupo de prevención, inspección, vigilancia, control y resolución de conflictos -conciliación del Ministerio del Trabajo inicio proceso administrativo sancionatorio y formuló cargos, notificando a la empresa Gestar	**Documental.** Copia auto 000088 del 16 de enero del 2017 (fl 119 al 122 cuaderno principal medio físico – Pàg-48 al 54 Del archivo 10 ED.)
Gestar Pharma por intermedio de apoderada presentó memorial de descargos	**Documental.** Copia memorial del 12 de febrero del 2017 (fl 132 al 135 cuaderno principal medio físico – Pàg-57 al 61 Del archivo 10 ED)
El Ministerio corrió traslado para alegar de conclusión	**Documental.** Copia auto No 000653 del 4 de julio del 2017 (fl 137 al 139 cuaderno principal – Pág. 64-66 del archivo 10 ED)
El representante legal de Gestar Pharma presentó alegatos de conclusión	**Documental.** Copia memorial de fecha 12 de julio del 2017 (fl 140 al 144 cuaderno principal - Pág-68 al 72 Del archivo 10 ED)
La Coordinadora del grupo de prevención, inspección, vigilancia, control y resolución de conflictos -conciliación del Ministerio del Trabajo consideró que la accionante omitió la obligación de solicitar autorización al ministerio para dar por terminado el contrato de trabajo a la señora Johanna Andrea Acosta Hernández teniendo en cuenta su estado de salud e impuso sanción de 40 SMLMV equivalentes a $29.508.680 pesos.	**Documental.** Copia resolución No 00238 del 26 de julio del 2017 (fl 145-151 cuaderno principal medio físico - Pág-73 a 86 Del archivo 10 ED)
Que el Ministerio envió comunicación a Gestar Pharma para notificación personal de la resolución y ante la no comparecencia se notificó por aviso	**Documental.** Copia avisos de notificación (fl 152 al 160 cuaderno principal medio físico - Pàg-87.98 Del archivo 10 ED)
El representante legal de la entidad accionante interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación	**Documental.** Copia memorial 29 de agosto del 2017 (fl 161 al 172 cuaderno principal - Pàg-99 a 111 Del archivo 10 ED)
La Coordinadora del grupo de prevención, inspección, vigilancia, control y resolución de conflictos -conciliación del Ministerio del Trabajo resolvió el recurso de reposición confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución atacada y concedió el recurso de apelación	**Documental.** Copia resolución No 000277 del 18 de julio del 2018 (fl 173 al 179 cuaderno principal medio físico - Pàg-113 a 125 Del archivo 10 ED)
La decisión fue comunicada mediante correo certificado nacional	**Documental.** Copia oficio del 19 de julio del 2018 (fl 180-183 cuaderno principal - Pàg- 126- 129 Del archivo 10 ED)
Que el director territorial de trabajo del Tolima resolvió el recurso de apelación confirmando la sanción a Gestar Pharma S.A.S de 40 SMLMV equivalentes a ($29.508.680) pesos y declaró agotada la vía gubernativa	**Documental.** Copia resolución No 000344 del 23 de agosto del 2018 (fl 186 al 190 cuaderno principal medio físico - Pàg-133- 141 Del archivo 10 ED)
La decisión fue comunicada mediante correo certificado nacional y notificada por aviso	**Documental.** Copia oficio de fecha 23 de agosto del 2018 (fl 193 al 198 cuaderno principal medio físico. Pàg- 142 a 156 Del archivo 10 ED)

8. De las investigaciones administrativas por el Ministerio del trabajo.

El Ministerio del Trabajo se encuentra facultado legalmente para adelantar, por conducto de los Directores Territoriales e Inspectores del Trabajo, investigaciones administrativas e imponer sanciones a las personas naturales y/o jurídicas, que en su condición de empleadores, infrinjan las disposiciones sustantivas y procedimentales en el ámbito

laboral y de seguridad social; lo anterior, en ejercicio de sus atribuciones de planeación, programación y ejecución de acciones de prevención, inspección, vigilancia y control en materia de trabajo, empleo, migraciones laborales, salud ocupacional y seguridad en el trabajo, según las competencias fijadas por la normatividad vigente para la época de los hechos que se ventilan en el presente medio de control[5].

Así mismo, el artículo 486 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7º de la Ley 1610 de 2013, le confiere a los funcionarios anteriormente mencionados el carácter de autoridades de policía para el desarrollo de las labores de vigilancia y control, facultándolos además para imponer multas equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la ley y sin que ello implique, en ningún caso, la declaratoria de derechos individuales o la definición de controversias.

En cuanto al procedimiento a seguir para dichos efectos, se advierte que ante la ausencia de regulación de carácter especial, las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria adelantadas por el Ministerio del Trabajo se deben ceñir a lo establecido en los artículos 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 *"Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, reglamentación según la cual, una vez finiquitadas las indagaciones preliminares se procederá a formular pliego de cargos, si existiere mérito para ello, a través de acto administrativo contra el cual no procede recurso alguno, en el que se precisarán con claridad los hechos en que se origina la actuación, el sujeto investigado, las disposiciones presuntamente vulneradas y la sanción procedente; dicho acto deberá ser notificado al presunto infractor, quien dentro de los quince días siguientes podrá rendir sus descargos y solicitar o aportar las pruebas que considere pertinentes, las cuales se practicarán en un término no mayor a treinta días (o sesenta, si se tratare de 3 o más investigados o de pruebas por practicar en el exterior), vencido el cual se correrá traslado por diez días para presentar los respectivos alegatos; la decisión final se proferirá dentro de los treinta días siguientes mediante acto administrativo motivado y fundamentado en los hechos debidamente probados, a través del cual se dispondrá el archivo de las diligencias o la imposición de la sanción respectiva, precisando las disposiciones infringidas y el sujeto infractor.

9. CASO CONCRETO

En uso de sus atribuciones legales el Ministerio de trabajo impuso sanción equivalente a 40 SMLMV a la empresa **Gestar Pharma S.A.S en liquidación** en desarrollo de la actuación administrativa adelantada en su contra, la cual se originó por la queja instaurada por la señora **Johanna Andrea Acosta Hernández** por la omisión a lo establecido en el artículo 26 Ley 361 de 1997.

Del contenido de los actos enjuiciados, se colige que el Ministerio de Trabajo – Dirección Territorial Tolima sancionó a **Gestar Pharma S.A.S en liquidación,** por omitir la obligación para el empleador de solicitar permiso al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato a término indefinido suscrito entre las partes el 20 de noviembre del 2014, en razón de encontrarse la quejosa en debilidad manifiesta causada por la enfermedad denominada epicondilitis bilateral crónica diagnosticada por ortopedista.

[5] Código Sustantivo del Trabajo: art. 485; Decreto 4108/11: art. 2, núm. 14 y art. 30, núm. 7 y 16; Ley 1610/13: art. 3, núm. 2; Resolución No. 2143 del 28 de mayo de 2014 proferida por el Ministerio del Trabajo, art. 3, lit. b (que remite al art. 2, lit. b, núm. 11 y lit. c, núm. 5 y 25) y art. 7, núm. 1.

En su queja la señora Acosta Hernández argumentó que fue despedida sin justa causa, encontrándose en estabilidad laboral reforzada, teniendo por realizarse controles por ortopedia, exámenes y tratamiento por fisioterapia y recomendaciones laborales vigentes del departamento de medicina laboral de la EPS Cafesalud, aclarando que el despido se realizó sin permiso del Ministerio de trabajo, vulnerando lo establecido en la ley 361 de 1997 artículo 26, sobre la no discriminación a personas en situación de discapacidad.

Con base en lo estipulado en el **artículo 47 del CPACA**[6] y la **resolución 2143 del 2014**[7] el Coordinador del grupo de prevención, inspección, vigilancia, control y de resolución de conflictos – conciliación del Ministerio del Trabajo territorial Tolima mediante auto No 01070 del 19 de octubre del 20116 avoco conocimiento de la actuación administrativa preliminar a Gestar Pharma S.A.S en liquidación, ordenada dentro del proceso radicado No 7201016115, con el fin de verificar el cumplimiento de la normatividad laboral, acorde con su competencia funcional y asignó las funciones de instrucción al inspector de trabajo del Municipio de Ibagué Simón Albeiro Florido, funciones reasignadas a la inspectora de trabajo del Municipio de Ibagué Edna Marelvy Moreno Cárdenas mediante auto 01224 del 21 de noviembre del 2016.

La inspectora diecisiete de trabajo y seguridad social de Ibagué mediante comunicación No72730001-CGPIVC, RC y C del 23 de noviembre del 2016 solicitó a Gestar Pharma la remisión de documentos con destino a la averiguación preliminar ordenada y que se pronunciara sobre los hechos y allegara las pruebas que considerara necesarias para ejercer su derecho de defensa y contradicción[8]

El representante legal el 28 de noviembre del 2016[9], allegó la documental exigida y se pronunció sobre los hechos objeto de averiguación y señalo en su defensa que:

> (…)
> *"la empresa Gestar Pharma decidió dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral reconociendo la indemnización por despido sin justa causa indicada en la normatividad laboral, atendiendo a la facultad discrecional otorgada en la ley a los empleadores, para el retiro unilateral de los trabajadores, siempre y cuando se cumpla con el deber legal de indemnizarlos.*
> *Agregó en su escrito que la señora Acosta Hernández no puede considerarse como una persona discapacitada o en situación de debilidad manifiesta, porque si bien es cierto tenía algunas afecciones médicas, también es cierto que no se encontraba en condiciones de discapacidad o en general con limitaciones físicas y/o psicológicas para realizar su trabajo y por consiguiente no estaba amparada por el fuero de estabilidad reforzada, sin haber estado incapacitada"*
> *(….)*
> *Por consiguiente, no se puede manifestar que la empresa dio por terminado unilateralmente el contrato laboral en razón a su enfermedad, ya que, al momento de la terminación del contrato, la accionante cumplía cabalmente*

---

[6] LEY 1437 DEL 2011 ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO**.** Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.
Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serian procedentes Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.
Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.
PARÁGRAFO. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.
[7] Resolución 2143 del 28 de mayo del 2014 "por la cual se asignan competencias a las direcciones territoriales y oficinas especiales e inspecciones de trabajo.
[8] Folio 95 cuaderno principal medio físico.
[9] Folios 96 al 98 ibidem

con sus funciones y no es titular del derecho de estabilidad reforzada ni se encontraba en situación de debilidad manifiesta y en consecuencia no se requería la autorización del Ministerio de trabajo para el retiro de la mencionada trabajadora"

El representante legal de Gestar Pharma SAS concedió autorización expresa para ser notificado a través del correo electrónico gestarpharma@gestarpharma.com.co

Mediante auto No 000088 del 16 de enero del 2017 el Coordinador del grupo de inspección del Ministerio de trabajo formuló el cargo único de presuntamente omitir el cumplimiento del artículo 26 ley 361 de 1997, que impone la obligación de solicitar permiso a la entidad para despedir o dar por terminado el contrato de trabajo y dispuso notificar personalmente al investigado corriendo traslado por quince (15) días para que rinda descargos y solicite o aporte pruebas, el auto fue notificado personalmente al apoderado señor Oscar Andrés Medina Sandoval.

Por intermedio de apoderada la hoy accionante, presento memorial de descargos expresando: que la investigada no vulneró los derechos fundamentales de la quejosa al retirarla del cargo, pues su retiro no se debió al buen o mal estado de salud sino por causas diferentes y actuó convencida de que la señora Acosta nunca tuvo la calidad de discapacitada siendo innecesario solicitar permiso al Ministerio y que al momento de finalizar de manera unilateral su contrato, se le canceló la indemnización correspondiente en cumplimiento con la normatividad de seguridad social y salud en el trabajo, .

Continuando con el tramite establecido y para garantizar el derecho fundamental de contradicción, la Dirección territorial corrió traslado para alegar de conclusión mediante auto No 000653 del 14 de julio del 2017.

El representante legal mediante escrito fechado el 12 de julio del 2017 presentó sus alegatos finales y en ellos manifestó que el artículo 26 indica claramente que las personas que se consideren limitadas son quienes tengan un grado de invalidez superior a la limitación moderada o sea superior al 15% y que no existe prueba que demuestre que la quejosa tuviese pérdida de la capacidad laboral superior a ese porcentaje o que se hubiese estructurado en vigencia del contrato agregando que la empresa era conocedora de la sintomatología presentada por la señora Johanna Acosta desde el 9 de febrero del 2016.

Agotadas las etapas procesales la Coordinadora del grupo de prevención, inspección, vigilancia, control y de resolución de conflictos – conciliación del Ministerio del Trabajo territorial Tolima mediante resolución No 00238 del 26 de julio del 2017 resolvió la investigación administrativa laboral calificando la conducta del infractor como falta gravísima y sancionado a Gestar Pharma S.A.S con 40 SMLMV equivalentes $29.508.680 pesos

El acto administrativo fue notificado a través de la empresa servicios postales nacionales 4/72 al representante legal de la empresa Gestar Pharma el 31 de julio del 2017, por aviso y por correo electrónico el 14 de agosto del 2017.

En contra de la anterior decisión el 29 de agosto del 2017 el representante legal de la empresa sancionada interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación ante el director territorial del Tolima.
La Coordinadora del grupo de prevención, inspección, vigilancia, control y de resolución de conflictos – conciliación del Ministerio del Trabajo territorial Tolima mediante resolución No 000277 del 18 de julio del 2018 resolvió el recurso de reposición confirmando en todas

y cada uno de sus apartes la resolución atacada y concediendo el recurso de apelación para ante el director territorial, decisión que fue comunicada a Gestar Pharma mediante oficio de fecha 19 de julio del 2018 a través de la empresa servicios postales nacionales 4/72

El recurso de apelación fue resuelto por el director territorial de trabajo del Tolima mediante la resolución No 000344 del 23 de agosto del 2018 confirmando la sanción contenida en la resolución No 00238 del 26 de julio del 2017 y declarando agotada la vía gubernativa.

10. Consideraciones

En el presente litigio la accionante pretende se declare la nulidad de los actos administrativos contenido en las resoluciones **00238** del 26 de julio del 2017 y **00344** del 23 de agosto del 2018 por medio de los cuales el Ministerio de trabajo – Dirección territorial del Tolima impuso sanción administrativa a GESTAR PHARMA S.A.S consistente en 40 SMLMV equivalentes a $29.505.680 pesos, por la omisión en el cumplimiento de lo previsto en el artículo 26 ley 361 de 1997 de solicitar permiso al Ministerio de trabajo para desvincular o dar por terminado el contrato de trabajo a la señora Johanna Andrea Acosta Hernández.

Así mismo, señala que la entidad demandada no se pronunció respecto del recurso de reposición interpuesto dentro del término legal en contra de la resolución No 00238 del 26 de julio del 2017 y omitiendo esta etapa procesal, el director territorial de trabajo resolvió el recurso de apelación, generando un acto administrativo ficto o presunto positivo.

La accionante señala como causales de nulidad las siguientes:

i) violación al debido proceso por considerar que el Ministerio de Trabajo profirió los actos administrativos enjuiciados sin competencia para ello, pues tratándose de controversias individuales originados en el contrato laboral suscrito entre la señora Johanna Andrea Acosta Hernández y Gestar Pharma la autoridad competente para dirimir la controversia son los jueces laborales, acorde con lo establecido en los artículos 486 código sustantivo del trabajo[10] y numeral 1 articulo 2 código procesal del trabajo[11] negándole a la hoy accionante la debida defensa ante la jurisdicción laboral y afectándola con una sanción.

La entidad territorial señaló que no ha declarado ningún derecho a favor de la señora Johanna Andrea Acosta Hernández pues dentro de sus atribuciones no está la de declarar derechos a ningún trabajador lo cual es competencia exclusiva de los jueces laborales.

---

[10] **Artículo 486. Sanciones y procedimiento.** 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 libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos. Así mismo, podrán entrar sin previo aviso, y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa con el mismo fin y ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos como lo crean conveniente para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consignadas en ellos. Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores.
Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social tendrán las mismas facultades previstas en el presente numeral respecto de trabajadores, directivos o afiliados a las organizaciones sindicales, siempre y cuando medie solicitud de parte del sindicato y/o de las organizaciones de segundo y tercer grado a las cuales se encuentra afiliada la organización sindical.
Las providencias que dicten los Jefes de Departamento, son revisados por el Ministro; y
Las que dicten los Jefes de Sección, Inspectores y Visitadores, por el respectivo Jefe de Departamento.
2. Los funcionarios del Ministerio de Trabajo, que indique el Gobierno, tendrán el carácter de autoridades de policía para todo lo relacionado con la vigencia y control de que trata el numeral anterior, y están facultados para imponer cada vez multas equivalentes al monto de una (1) a cuarenta (40) veces el salario mínimo mensual más alto según la gravedad de la infracción y mientras ésta subsista, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA

[11] Ley 712 del 2001: **Artículo 2º**. *Competencia General*. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:
1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

Indicó que acorde con los artículos 485 y 486 del C.S.T, los inspectores de trabajo tienen el carácter de autoridad de policía para la prevención, inspección, vigilancia y control del cumplimiento de la normatividad laboral y del régimen de seguridad social y se encuentra facultado para imponer sanciones por la violación a las disposiciones.

En la presente actuación administrativa el inspector de trabajo evidenció vulneración por parte de Gestar Pharma, al artículo 26 de la ley 361 de 1997, toda vez que existiendo normatividad clara y precisa sobre el procedimiento a seguir en los casos allí señalados, la accionante omitió la obligación de solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo suscrito con la señora Johanna Andrea Acosta Hernández, quien se encontraba en estado de debilidad manifiesta, a causa de la enfermedad denominada epicondilitis lateral bilateral crónica

Que si bien es cierto que la conducta de Gestar Pharma afecta de manera directa los derechos de la señora Acosta Hernández, al colocarla en situación más vulnerable, desempleada y desamparada por su estado de salud y con la dificulta de continuar con su tratamiento del cual el empleador tenía conocimiento, al habérsele remitido recomendaciones por parte del departamento de medicina laboral de la EPS Cafesalud y por tanto, la falta fue calificada como gravísima, generándose así una sanción por la violación a la normatividad legal.

El despacho luego de analizar las pruebas documentales allegadas al proceso, sin que en ella se aprecie que por efectos de la actuación administrativa con calificación de la falta como gravísima y posterior imposición de la sanción, la señora **Johanna Andrea Acosta Hernández** hubiese obtenido beneficio alguno o que el Ministerio de trabajo realizara juicios de valor individuales, abandonando la órbita legalmente establecida para sus actuaciones administrativas e invadiendo la competencia señalada a los jueces laborales para dirimir controversias laborales originados en contratos de trabajo, teniendo en cuenta lo precedente es evidente para el despacho que el Ministerio con su actuar no está declarando derechos a trabajador alguno ni dirimiendo controversias laborales y como consecuencia **es dable declarar la no prosperidad de la pretensión.**

ii) La accionante considera que en concordancia con el precepto del artículo 52 del CPACA, la facultad sancionatoria del Ministerio de trabajo había caducado, al no haberse pronunciado respecto del recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No 00238 del 2017 que impuso la sanción y que al omitir esta etapa procesal y proceder a resolver el recurso de apelación se generó un acto administrativo ficto o presunto positivo.

Es claro que Gestar Pharma inconforme con la decisión de la Coordinadora grupo PIVC, RC y C de imponerle una sanción interpuso los recursos que le concede la ley: reposición ante el mismo funcionario que la profirió y en subsidio de apelación para ante el director territorial del Tolima del Ministerio de trabajo.

La coordinadora grupo PIVC, RC y C, resolvió el recurso de reposición mediante la resolución No 00277 del 18 de julio del 2018 y remitió comunicación al representante legal informándole de la resolución del recurso y en cumplimiento de la obligación legal concedió el recurso de apelación interpuesto, para que su superior jerárquico se pronunciara sobre las decisiones por ella tomadas, en virtud de los principios de contradicción y defensa, así como el de doble instancia, máxime cuando en el acto administrativo primigenio se sancionó a Gestar Pharma con la imposición de una multa.

El Director territorial de trabajo del Tolima, en uso de las facultades conferidas, expidió la resolución No 344 del 23 de agosto del 2018 resolvió el recurso de apelación confirmando en su totalidad el acto atacado, y en la misma fecha, libró comunicación citando al representante legal de la sancionada para la notificación personal del acto que declara el agotamiento de la vía gubernativa, haciéndose presente a la diligencia el apoderado designado por el representante legal de Gestar Pharma para recibir notificaciones, el 4 de octubre del 2018.

Ahora bien, la accionante – en concordancia con el artículo 52 del CPACA - pretende se declare a su favor la existencia del acto administrativo ficto o presunto positivo, por la omisión de resolver el recurso de reposición o no haber sido notificada de la decisión, por tanto, es preciso remitirnos al concepto del departamento administrativo de la función pública, que, aunque no es de obligatorio acatamiento, si le ofrece claridad al despacho sobre el silencio de la administración y sus consecuencias.

El Departamento administrativo de la función pública, en el concepto No 22281 del 29 de enero del 2019, señaló:

(…)

El silencio administrativo es un fenómeno que la ley contempla con la finalidad de proteger el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, para los casos en los que la Administración no se pronuncie frente a peticiones o recursos interpuestos por los administrados, generando un acto ficto o presunto que según el caso niega o acepta lo solicitado.

En cuanto a los efectos del silencio administrativo, tenemos que de conformidad con lo dispuesto en Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo en sus artículos 83 y 84, la regla general es que este tiene efectos negativos, puesto que el silencio será positivo solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, por tanto, en los demás casos será negativo. Así las cosas, para que se configure este fenómeno se deben cumplir tres requisitos:
i*. Que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual deba resolver la petición.
ii*. Que la ley contemple de manera expresa que el incumplimiento del plazo tiene efectos de silencio positivo y
iii*. Que la autoridad que estaba en la obligación de resolver no lo haya hecho dentro del plazo legal. Por último, es bueno precisar que dentro del plazo legal no solo se debe emitir la decisión, sino también su respectiva notificación en debida forma".
Teniendo en cuenta lo anterior, para que se configure el silencio administrativo positivo se deben cumplir los tres requisitos señalados y a falta de uno de estos se aplicará la regla general, la cual es el silencio administrativo negativo."

Ahora bien, el recurso de reposición es el procedimiento que se adelanta ante la administración cuando no se está de acuerdo con alguna decisión emitida por esta, al considerarse perjudicado en sus intereses y busca que la misma, sea modificada o revocada por el funcionario que la profirió y que se tome una nueva decisión, que beneficie al recurrente.

Situación muy diferente a lo que acontece con el recurso de apelación que se interpone para que la decisión sea revisada, modificada o revocada por el superior jerárquico, sin que procedan otros recursos adicionales, quedando agotada la vía gubernativa.

Así mismo, cuando el administrado interpone el recurso de reposición y en subsidio el de apelación busca que quien profirió la decisión la modifique o revoque y si no produce efectos a su favor, el funcionario está legalmente obligado a conceder el recurso de apelación para que se continúe con el procedimiento legal establecido y se surta la alzada del acto administrativo atacado para ante el superior jerárquico, con el objeto de que revise la decisión y se pronuncie en forma definitiva.

El honorable Consejo de Estado en sentencia del 28 de noviembre del 2017[12], señaló:

(….)

En materia de recursos por la vía gubernativa, el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo señala que, por regla general, contra los actos que ponen fin a las actuaciones administrativas procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque; y el de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito. También precisa que no procede apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

En el presente caso, el proceso se adelantó por el Procurador General de la Nación, supremo director del Ministerio Público, conforme con el artículo 1 del Decreto 262 de 20005, por ello, el único recurso procedente contra el fallo disciplinario del 12 de noviembre de 2004 era el de reposición, como le fue advertido al disciplinado en el artículo 3 de dicho acto administrativo, por cuanto el Procurador General no tiene superior jerárquico que pueda revisar su decisión.

Pero el hecho que solo proceda el recurso de reposición no significa que éste se convierta en obligatorio, como lo señala la parte demandada. El recurso de reposición es facultativo, y solo será obligatorio si la ley así lo establece dentro de un determinado proceso administrativo, que no es el caso que aquí se presenta, pues el artículo 113 de la Ley 734 de 2002 nada señala sobre su obligatoriedad, al disponer textualmente: "Artículo 113. Recurso de reposición. El recurso de reposición procederá únicamente contra la decisión que se pronuncia sobre la nulidad y la negación de la solicitud de copias o pruebas al investigado o a su apoderado, y contra el fallo de única instancia".

La facultad sancionatoria de las autoridades para imponerlas caduca a los 3 años de ocurrido el hecho, término dentro del cual se debe expedir el acto administrativo sancionatorio, según lo establecido en el artículo 52 ley 1437 del 2011, sin embargo, la autoridad pierde competencia para sancionar, **si los recursos interpuestos en debida forma no se resuelven dentro del término de 1 año contado a partir del día hábil siguiente a su interposición** y se entenderán fallados a favor del recurrente[13].

En el caso bajo estudio, los recursos de reposición y apelación en contra de la resolución 00238 del 2017, fueron interpuestos por el representante legal de Gestar Pharma el **29 de agosto del 2017[14],** por lo tanto, el termino legal de 1 año para resolverlos, comenzó el día hábil siguiente – **31 de agosto del 2017**– y venció **el 28 de agosto del 2018.**

En el expediente se evidencia que la coordinadora grupo PIVC, RC y C, resolvió el recurso de reposición el **18 de julio del 2018** -resolución No 00277- y el Director territorial de trabajo del Tolima, resolvió el recurso de apelación el **23 de agosto del 2018** mediante la resolución No 344 y para su notificación personal se remitió comunicación al representante legal de Gestar Pharma el 23 de agosto del 2018 y también fue publicada en la página web del Ministerio de trabajo el **25 de agosto**, dentro del término legal establecido por el artículo 52 del CPACA, agotándose así la vía gubernativa.

---

[12] Consejo de Estado Sala plena de lo contencioso administrativo Consejero Ponente: César Palomino Cortés. 28 de noviembre del 2017 radicación número: 11001-03-25-000-2005-00068-00(ij)

[13] **Ley 1437 del 201. Artículo 52.** ***Caducidad de la facultad sancionatoria***. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado.

Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.

[14] Folios 161 al 172 cuaderno principal tomo I

Es preciso recordar que el citado artículo expresamente señala que los "actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos" dentro del término de 1 año, y se recalca, los recursos, o sea, todos los interpuestos no solamente uno, con el objetivo que agote el procedimiento administrativo y el administrado acuda si a bien lo tiene a la jurisdicción contenciosa, si considera que se continuó afectando sus intereses.

Además, dentro del expediente no existe la prueba documental exigida por el artículo 85 del CPACA, para invocar el silencio administrativo positivo y como consecuencia de lo anterior, el despacho declara que en el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por el Ministerio de trabajo en contra de Gestar Pharma S.A.S en liquidación, **no se configuró silencio administrativo positivo alguno.**

El verdadero y único objetivo – incluso del representante legal de Gestar Pharma - de interponer el recurso de reposición en subsidio de apelación es que el funcionario de superior jerarquía administrativa, o con mayor conocimiento o experiencia, que no ha intervenido en el desarrollo de la investigación o de los actos previos o anteriores a la expedición del acto administrativo sancionatorio, lo revise, analice, se pronuncie, declare agotada la vía gubernativa y notifique la decisión definitiva, generando para el administrado inconforme el derecho de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, para que un Juez de primera instancia profiera una sentencia que a su vez puede ser apelada para ante su superior inmediato y en definitiva este actuar de la administración y de la jurisdicción contenciosa administrativa reflejan la garantía constitucional de la doble instancia.

El Ministerio de trabajo consideró que Gestar Pharma con la terminación unilateral del contrato laboral a término indefinido suscrito con la señora **Johanna Andrea Acosta Hernández** vulneró lo señalado en el artículo 26 ley 361 de 1997, referente a la obligación del empleador de solicitar autorización al Ministerio para desvincular a un trabajador que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como en el presente caso, en el cual el empleador tenía pleno conocimiento del estado de salud de la trabajadora y de que se encontraba en tratamiento para su rehabilitación.

Es evidente que en el acto administrativo sancionatorio el Ministerio de trabajo aplicó la jurisprudencia constitucional sobre la estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta el querer generalizado de los seres humanos de tener un empleo que satisfaga sus necesidades básicas y las de su familia, gozando de un estado de salud que le permita vivir con dignidad

Ahora bien, en lo atinente al reparo contra los criterios utilizados por la demandada para tasar la multa, el despacho encuentra acertada la fijación de esta en cuarenta (40) SMLMV, específicamente en lo que respecta a la causal aquí estudiada, por resultar acorde a la normatividad.

Lo anterior, teniendo de presente que según lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 1610 de 2013, el cual señala que*:*

> *"los funcionarios del Ministerio del Trabajo que actúen en ejercicio de su función como autoridades de policía laboral, se encuentran investidos de expresas facultades para imponer ese tipo de multas, cuyo monto puede oscilar entre uno (1) y cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente. Así mismo, la norma en cita refiere que su graduación se efectuara atendiendo la gravedad de la infracción y en tanto ella subsista, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad vigente. Esta multa se destinará al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.*

La imposición de multas, de otras sanciones o de otras medidas propias de su función como autoridades de policía laboral por parte de los funcionarios del Ministerio del Trabajo que cumplan funciones de inspección, vigilancia y control, no implican en ningún caso, la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias".

Por su parte, el artículo 12 ibídem contempla los criterios a seguir para la graduación de las sanciones, dentro de los cuales se enlista el daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados dada la evidente desprotección a la que fue sometida la trabajadora, en el ámbito laboral y de la seguridad social.

De acuerdo a ese recuento normativo, considera el Despacho que la sanción impuesta a la empresa demandante, se fundamentó en la regulación que regía la materia, a la cual evidentemente se ciñó el ente demandado, por lo que no son de recibo las apreciaciones expuestas por la empresa sancionada, respecto de la falta de desarrollo de los elementos sustanciales para imponer y tasar la multa y, por consiguiente, no hay lugar a considerar que se incurrió en violación de la ley y expedición irregular de los actos enjuiciados.

Por último, tampoco se halla configurada la presunta vulneración del debido proceso, pues, por el contrario, se pudo establecer que la autoridad administrativa brindó todas las garantías a la empresa investigada para que ejerciera su derecho de contradicción y de defensa, dentro de cada etapa del procedimiento, por lo cual no hay lugar a acceder a las pretensiones.

11. Recapitulación.

En orden a lo anterior, encuentra este Despacho que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a la normatividad legal y fueron emitidos conforme a los presupuestos señalados en la ley y la jurisprudencia constitucional que establece expresamente y sin dubitación alguna la obligación del empleador de solicitar al Ministerio de trabajo autorización previa a su desvinculación o terminación del contrato laboral del trabajador que se encuentra en debilidad manifiesta en razón a su estado de salud por ser beneficiario de estabilidad laboral reforzada, en consecuencia se mantendrán incólumes los actos administrativos enjuiciados porque fueron expedidos de conformidad con los principios que rigen el proceso administrativo sancionatorio, relacionados con el debido proceso y el derecho de defensa y la contradicción y en ese orden de ideas, se negaran las pretensiones de la demanda.

12. Costas.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. sobre la condena en costas señala, que en la sentencia se dispondrá sobre las mismas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil; pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C.G.P. dispone, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso, se observa que las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en

derecho a cargo de la parte demandante en la suma equivalente al cuatro (4%) de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del C.P.A.C.A. y 365 del C.G.P., para lo cual se fija la suma equivalente al cuatro (4%) de las pretensiones de la demanda, como agencias en derecho.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: En firme la presente providencia, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez

Firmado Por:

Luis Manuel Guzman
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
10
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
ba5ccf8b2a689db7004f35f0cf39502c6cb6aa12d1e5ec3eb7104ecfbc693bdd
Documento generado en 24/02/2022 09:37:46 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica