



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Número único de radicación: 680012333000201601355 01

Demandante: Hospital San Juan de Dios de Floridablanca (Santander)

Demandados: Nación - Ministerio de Trabajo y Servicio Nacional de Aprendizaje
- SENA, regional Santander

Asunto: Caducidad de la facultad sancionatoria - Los recursos en la actuación administrativa se deben decidir y notificar dentro del año siguiente a su interposición

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2018 por el Tribunal Administrativo de Santander.

La presente sentencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

1. La E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, en adelante la parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del



derecho, previsto en el artículo 138¹ de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011², en adelante C.P.A.C.A., presentó demanda³ ante el Tribunal Administrativo de Santander, contra la Nación - Ministerio de Trabajo y el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, regional Santander, en adelante la parte demandada.

Pretensiones

2. La parte demandante formuló las siguientes pretensiones:

“[...] Primero. Declarar la nulidad total de la resolución número 00480 de fecha 12 de mayo de 2015, emanada del Ministerio de Trabajo – Dirección Territorial de Santander – Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, por medio de la cual se sanciona a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, con multa de Mil Novecientos Treinta y Tres Millones Seiscientos Noventa y Cuatro Mil Trescientos Cincuenta Pesos Moneda Legal (\$1.933’694.350,00 M.L.).

Segundo. Declarar la nulidad total de la resolución número 000818 de fecha 10 de junio de 2016, emanada del Ministerio de Trabajo – Dirección Territorial de Santander, por medio de la cual se decide recurso de apelación y confirma el artículo Primero de la número 00480 de fecha 12 de mayo de 2015 con la cual se sanciona a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Floridablanca [...]”.

Presupuestos fácticos

3. La parte demandante indicó, en síntesis, los siguientes hechos para fundamentar sus pretensiones:

¹ “[...] **ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel [...]”.

² “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

³ Por intermedio de apoderado (Folios 1 a 14 del cuaderno núm. 1 del expediente).



3.1. Informó que la Regional Santander del Ministerio de Trabajo inició y posteriormente culminó, por medio de los actos administrativos demandados, una investigación administrativa en contra de la parte demandante por tercerización laboral; lo anterior, sin examinar ni aplicar “[...] *adecuadamente la contratación efectuada por [...] la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, dentro de la excepción para contratar la tercerización laboral, conforme al artículo 59 de la Ley 1438 de 2011⁴ [...]*”; es decir, la parte demandada se limitó a señalar que la parte demandante realizó tercerización laboral sin analizar la ley y la jurisprudencia que la autorizaban a efectuar de manera exceptuada esa tercerización.

3.2. Expresó que la parte demandada no recaudó el suficiente material probatorio para determinar la clase de actividad profesional y especializada servida y si existía o no en la planta de la institución de salud el personal suficiente para atender los servicios.

Normas violadas y concepto de violación

4. La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes normas:

- Artículo 29 de la Constitución Política.
- Artículos 50, 52 y 137 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011
- Artículos 3.º y 12 de la Ley 1610 del 2 de enero de 2013⁵.
- Artículo 63 de la Ley 1429 de 29 de diciembre de 2010⁶.
- Artículos 1.º, 4.º y 9.º del Decreto núm. 2025 de 2011⁷.

⁴ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

⁵ “Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral”.

⁶ “[...] Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo [...]”.

⁷ “[...] Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 [...]”.



5. La parte demandante, sin concretarlos de manera clara y específica, formuló los siguientes cargos y explicó su concepto de violación así:

Primer cargo: *Violación al debido proceso*

5.1. Expresó que la Ley 1610 de 2013 le ordena a los inspectores de trabajo graduar las sanciones con fundamento en lo dispuesto en el artículo 12; no obstante, la norma citada *supra* se omitió por la parte demandada porque se limitó a señalar que la sanción a imponer era de \$1.933'694.350, equivalente a 3001 salarios mínimos mensuales legales vigentes; lo anterior, sin dar aplicación a la graduación de la sanción porque “[...] *no señaló ningún factor frente al cual gradúa la sanción, en una imputación de un personal sin nombres, indicando solo números, ni de las fechas en las cuales fueron contratados [...]*”; es decir, del “[...] *análisis de los actos acusados con las normas superiores queda demostrada la OMISIÓN de cumplir con las normas indicadas pues no estipuló jurídicamente cuál fue el porqué de este monto [...]*”; en concreto, “[...] *solo se tiene que se hace alusión de manera general y aplicando una subjetividad del funcionario [...]*”.

5.2. Aseguró que de conformidad con el artículo 3.º de la Ley 1610 de 2013, los Inspectores de trabajo tienen una función coactiva o de policía administrativa; facultad que se refiere “[...] *a la posibilidad de requerir o sancionar a los responsables de la inobservancia o violación de una norma del trabajo, aplicando siempre el principio de proporcionalidad [...]*”; sin embargo, la norma no se aplicó en favor de la parte demandante, conllevando inmersa la violación del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, sobre graduación de las sanciones (Subrayado original del texto).

5.3. Insistió en que los actos acusados con contrarios a derecho porque la parte demandada, “[...] *en vez de revocar la sanción por ilegal, la confirma [...]* *solamente con base en los art. 1, 4 y 9 del Decreto 2025, dejando de aplicar [...]* *la Ley 1610 de 2013 [...]* *omitiendo que la misma ordena en el proceso sancionatorio de multas aplicar el artículo 12 de la misma ley [...]*, por ello se vulneró el derecho de defensa pues dentro del proceso no está demostrada



intermediación (laboral alguna, no señala cuál o cuáles con las precooperativas o cooperativas con las cuales contrató la intermediación) alguna (sic) y se aplica una sanción subjetiva pues no hay parámetros para establecer y controvertir la sanción [...]”.

Segundo cargo: Falta de competencia

5.4. Destacó que de conformidad con el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, sobre la caducidad de la facultad sancionatoria, los recursos interpuestos dentro de la actuación administrativa se deben resolver en el término de un año, contado desde su interposición, so pena de la pérdida de competencia; de manera que, si los recursos no se deciden en el término fijado, se deben entender resueltos a favor de quien los interpuso.

5.5. Resaltó que la parte demandante interpuso los recursos el 11 de junio de 2015, de manera que, para que la decisión sobre los recursos produjera efectos, tenía que notificarse dentro del año siguiente a su presentación; para el presente asunto, máximo el 13 de junio de 2016, atendiendo a que el 11 de junio de 2016 era sábado.

5.6. Destacó que la parte demandada notificó personalmente a la parte demandante del contenido de la Resolución núm. 818 de 2016, por medio de la cual resolvió el recurso de apelación, el 23 de junio de 2016; en consecuencia, aunque el citado acto administrativo tiene fecha de expedición 10 de junio de 2016, no puede aceptarse como vinculante por no haberse comunicado a la parte demandante dentro del término de ley; bajo ese parámetro legal, los recursos se deben entender resueltos a favor de quien los interpuso, en los términos que lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

5.7. Resaltó que la sanción impuesta acarrea un desbalance presupuestal y financiero de la parte demandante que llevaría a su liquidación y cierre definitivo; lo que causaría un perjuicio al servicio público de salud del municipio de Floridablanca y de siete municipios de su área de influencia debido a que en la



institución de salud se atienden más de 300.000 habitantes; en especial, a la población del régimen subsidiado y de escasos recursos no cubierta.

Contestación de la demanda

Del Ministerio de Trabajo

6. La parte demandada⁸ contestó la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas, así:

6.1. Respecto de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, expresó que ninguno de los argumentos de la parte demandante desvirtúa la legalidad y la debida motivación de los actos administrativos acusados.

6.2. Informó que desde que se inició la actuación administrativa, por medio del auto de iniciación de averiguaciones preliminares núm. 14368-1413 de 26 de agosto de 2012, a la parte demandante siempre se le respetó el debido proceso; además, en los actos administrativos acusados se fijó de manera motivada que normas laborales fueron vulneradas.

6.3. Refirió que, la parte demandada conoce hasta donde llegan sus competencias; de ahí que los actos acusados se fundamenten “[...] *en que la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA vinculó personal bajo la modalidad de contrato de prestación de servicio para la ejecución de actividades misionales permanentes del Hospital desconociéndose con ello la prohibición del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, afectando con ello los derechos constitucionales, laborales y de seguridad social de los trabajadores de planta sin ser vinculados mediante contratos de trabajo, cumpliendo similares labores que corresponden a los trabajadores de planta de la ESE y en consecuencia con la falta de vinculación laboral se desconoció el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, seguridad social y demás derechos que se derivan de la relación laboral conforme corresponde de acuerdo con la ley [...]*”.

⁸ Por intermedio de apoderada (Folio 231 del cuaderno núm. 1 del expediente).



6.4. Destacó, en relación con la prescripción de la facultad sancionatoria de la administración, que de conformidad con la comunicación núm. 368001-02116 de 26 de mayo de 2015, como no fue posible la notificación personal de la Resolución núm. 00480 del 12 de mayo de 2015, se remitió aviso de notificación a la parte demandante atendiendo lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011.

6.5. Expresó que el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo citado *supra*, se desestimó por medio de la Resolución núm. 01539 de 30 de diciembre de 2016 (sic); a su vez, la Resolución núm. 00818 de 10 de junio de 2016, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación, se notificó personalmente el 23 de junio de 2016, previo al envío de las comunicaciones para notificación pertinentes; en consecuencia, mediante auto del 7 de septiembre de 2016 se dispuso archivar el expediente núm. 14368-42-02.

Del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA

6.6. La parte demandada⁹ contestó la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas, así:

6.7. Expresó que los actos administrativos acusados se expidieron por la autoridad competente y dentro de los plazos establecidos en la ley.

6.8. Destacó que el Ministerio de Trabajo respetó en todo momento el debido proceso; lo anterior, porque la parte demandante siempre tuvo conocimiento de las distintas actuaciones que se adelantaron e interpuso los recursos que para cuestionarlas prevé la ley; es decir, ejerció su derecho a la defensa.

6.9. Indicó que el trámite previsto en la Ley 1437 de 2011, relacionado con el procedimiento administrativo sancionatorio, solamente era procedente, en los

⁹ Por intermedio de apoderado (Folio 200 del cuaderno núm. 1 del expediente).



términos del artículo 308 *ibidem*, para las actuaciones administrativas que se hubieran iniciado con posterioridad a su entrada en vigencia; en consecuencia, como la actuación administrativa se inició el 11 de junio de 2012¹⁰, con la queja que presentó una funcionaria de la Defensoría del Pueblo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no era aplicable.

6.10. Destacó que la parte demandada siempre actuó dentro de los lineamientos constitucionales, legales y jurisprudenciales que reglamentan la materia que se investigó, aplicándola al caso concreto.

Excepción

Falta de legitimación en la causa por pasiva

6.11. Expresó que los actos administrativos cuestionados no se expidieron por el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA; en consecuencia, como la entidad no fue quien investigó, sancionó a la parte demandante y adelantó el proceso de jurisdicción coactiva, carece de legitimación en la causa por pasiva para comparecer al proceso.

Sentencia proferida en primera instancia¹¹

7. El *a quo*, en sentencia proferida el 18 de septiembre de 2018, proferida en audiencia de alegaciones y juzgamiento, resolvió:

“[...] Primero. Declarar la nulidad del artículo 1° de la Resolución 00480/2015 por medio de la cual el Ministerio del Trabajo impone sanción de multa a la

¹⁰ La Sala observa de la lectura de los actos administrativos acusados que la actuación administrativa se originó porque la “[...] Defensoría del Pueblo remitió oficio radicado 7439 de fecha 30 de octubre de 2012, en el cual solicita intervención al Hospital de Floridablanca por presunto no pago de salarios a los empleados [...]”; sin embargo, el argumento relativo a si la actuación administrativa inició antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, escapa a la competencia de esta Sala, toda vez que el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, no apeló la sentencia proferida en primera instancia.

¹¹ Folios 338 a 340 del cuaderno núm. 1 del expediente.



ESE Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, y de las resoluciones que desatan los recursos contra ella interpuestos: Resoluciones Nos. 1539 del 30.12.2015 proferida por el Coordinador del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial Santander del Ministerio del Trabajo y de la Resolución No. 818 del 10.06.2015 expedida por la Directora Territorial de Santander del Ministerio del Trabajo.

Segundo. Condenar en costas al Ministerio del Trabajo, por ser la parte vencida en esta instancia. Las agencias en derecho se fijarán en auto separado. Liquéndose las costas de manera concentrada en la Secretaría de esta corporación. Tercero. Archivar el proceso, una vez ejecutoriada esta sentencia, previas las constancias de rigor en el sistema Siglo XXI. Cuarto. Notificación. Esta decisión se entiende notificada en estrados. En uso de la palabra y con la aquiescencia de la Sala, la parte demandada manifiesta: Interponer el recurso de apelación que sustentará en el término de Ley [...]”.

8. El a quo, después de hacer referencia a la demanda y a las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso; concluyó lo siguiente:

“[...] La Sala de Decisión, prescinde del registro del resumen de Demanda con sus hechos y pretensiones así como de la Contestación a ella, por estar contenidos en los hechos relevados de prueba y en la fijación del litigio, pasando a dictar sentencia [...]:

[...]

Pj: ¿Se estructura la violación al debido proceso, en el procedimiento sancionatorio surtido bajo el expediente 0591-2012 que culmina con la imposición de una sanción de multa por \$1.933'694.350.00 a la aquí demandante, contenida en el Art. 1° de la Resolución No. 480 del 12.05.2015, confirmada en las Resoluciones Nos.1539 del 30.12.2015 proferidas por el Coordinador del Grupo Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial Santander del Ministerio del Trabajo y la No.818 de 10.06.2016 emanada por la Directora Territorial de Santander, estas últimas al resolver los recursos de reposición y de apelación formulados contra la primera?

*Tesis: Sí. Fundamento Jurídico: a) Art.52.1 de la Ley 1437 de 2011, vigente al momento de la expedición de los actos acusados, que establece un límite en el tiempo a la competencia para la imposición de sanciones administrativas, vencido el cual, de llegarse a proferir acto administrativo sancionatorio, este resultaría viciado de nulidad por incompetencia racione temporis. En virtud de esta norma, los recursos interpuestos contra actos sancionatorios, 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. Ha de interpretarse, tal y como lo hace el H, Consejo de Estado, que **decidir implica la notificación**, siendo clara la norma en el sentido que el conteo del año inicia a partir de la "debida y oportuna interposición" de los recursos. Así las cosas, reitera la Sala tesis según la cual, **la sola expedición del acto que resuelve el recurso de apelación -***



sin su notificación en debida forma-, no tiene la virtualidad de interrumpir el término consagrado en la ley como requisito para la configuración del silencio administrativo procesal que establece el precitado artículo 52 y por ende no muta en la no violación al debido proceso sancionatorio. b) El Art.59.2 de la Ley 4ª de 1913 que establece que "por año y mes se entienden los del calendario común".

C. Análisis de pruebas: En el presente caso, está probado lo que sigue: 1. La Sanción Pecuniaria o Multa de \$1.933'694.350, atrás referida, se impone por la aquí demandada, en el Artículo Primero de la Resolución 00480 del 12.05.2015, que obra al folio 95 del expediente judicial. 2. La advertencia de los recursos procedentes, se hace en el Art. 60 de la precitada Resolución 00480, que a la letra dice: "... contra el presente acto administrativo, proceden los recursos de reposición, ante quien expidió la decisión y el de apelación, ante el inmediato superior, interpuestos en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella... 3. **La fecha de interposición de los recursos contra la Resolución 00480 es el doce (12) de junio (06) de dos mil quince (2015)**, afirmación que hace la Sala con base en: i) El folio 112 del expediente judicial, contentivo del acápite de Consideraciones de la Resolución 00818 del 10.06.2016 que resuelve el recurso de apelación y que la Sala valora como documento público, por cumplir los requisitos del Art.243 del Código General del Proceso, como quiera que es expedido por funcionario público en ejercicio de sus funciones. **Este Considerando a la letra dice que mediante Radicado 05773 de fecha 12-06-2015, a través de apoderada judicial la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, dentro del término de Ley presentó RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN 480 DEL 15-05-2015**, ii) Las páginas 2406 a 2438 del expediente administrativo, que se contiene en el documento pdf llamado "Expediente-0591-2012-12 tomos" o CD anexo al Fl. 291 del expediente judicial, que muestra el memorial **con fecha de recibido del 12.06.2015** por medio del cual la apoderada de la aquí demandante afirma: "interpongo RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN y en subsidio EL DE APELACIÓN, previo a la vía Contenciosa Administrativa, contra el Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 00480 del 2 de mayo de 2015, la cual fue notificada a mi mandante el día 29 de mayo de 2015", **documento que para la Sala constituye una prueba directa de la fecha en que se interpone el recurso. 4. El plazo legal y oportuno para decidir los recursos venció el 12.06.2016. En efecto, al interponerse los recursos el 12.06.2015, el año llega hasta el 12.06.2016, que por ser domingo, debió notificarse el día hábil siguiente, esto es, el Lunes trece (13) de junio (06) de dos mil dieciséis (2016). 5. El Acto que resuelve el recurso de apelación en comento es el distinguido como Resolución 00818 expedida el diez (10) de junio (06) de dos mil dieciséis (2016) (FLS. 97 a 176), empero, notificada el veintitrés (23) de junio (06) de dos mil dieciséis (2016) tal y como se afirma en el documento que obra al folio 177 del expediente judicial, constitutivo de la "NOTIFICACIÓN" personal al representante legal de la ESE aquí demandante, documento suscrito por un Inspector de Trabajo de la entidad demandada allegado con la demanda, sin que hubiere sido objeto de tacha alguna. Con las anteriores bases, la sala CONCLUYE que prospera la violación del debido proceso por la transgresión del Art.52 de la Ley 1437 de 2011, que acarrea: i) la pérdida de competencia para decidir los recursos, ii)**



Que se entienda que la decisión adoptada por el Ministerio del Trabajo en la Resolución 818 es favorable a la recurrente: ESE Hospital San Juan de Dios de Floridablanca (S). Con la prosperidad de este cargo la parte demandante logra desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, haciéndose innecesario desatar los demás cargos de nulidad alegados en la demanda, sin que, como lo sostuvo en sus alegatos el Ministerio de Trabajo, la no protocolización del silencio positivo elimine la configuración de la causal de nulidad en virtud de la cual aquí se declara la nulidad de los actos acusados.

D. Restablecimiento del derecho. Al resultar probada la transgresión al debido proceso, se declarará la nulidad del Art. Primero de la Resolución 00840 y la nulidad de los actos que deciden los recursos contra ella interpuestos, los que se entienden demandados en virtud del Art. 163.1 de la Ley 1437 de 20115. Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho, la Sala precisa que, con la presentación de la demanda que aquí nos ocupa, se suspende el cobro coactivo - artículo 831.5 del ET- de la multa y como quiera que no resulta probado en este proceso judicial que el valor de la misma hubiere sido pagada, no resulta necesario emitir condena alguna. E. Costas. Por resultar vencida en esta instancia, se condenará en costas procesales al Ministerio del Trabajo: Art. 365 del CPACA [...] (Destacado fuera de texto).

Recurso de apelación¹²

Del Ministerio de Trabajo

9. El Ministerio de Trabajo¹³, presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Santander, en los siguientes términos:

[...] No obstante lo manifestado por el Honorable Tribunal Administrativo de Santander, no puede desconocerse que para que surta efectos el silencio administrativo positivo previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, se debió adelantar el trámite previsto en el artículo 85 ibidem [...].

[...] trata en artículo 15, junto con una declaración juramentada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto. La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió y es deber de todas las personas y autoridades reconocerlos así.

¹² Folios 386 a 391 del cuaderno núm. 1 del expediente.

¹³ Por medio de apoderado judicial (Folio 398 del cuaderno núm. 1 del expediente)



A su turno, el numeral 5 del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, preceptúa que los actos administrativos quedarán en firme "Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo".

Así las cosas, no habiendo la entidad demandante adelantado el trámite previsto en el artículo 85 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no puede afirmarse válidamente que el acto ficto surgió del silencio administrativo positivo, por la no resolución oportuna de los recursos interpuestos contra la Resolución 480 del 12 de mayo de 2015, adquirió firmeza y por tanto, no puede aceptarse válidamente que surtió todos los efectos legales, para que prospere la demanda.

Dado lo anterior si bien no se desconoce que el H Consejo de Estado en providencia del doce (12) de mayo de dos mil diez (2010), refiriéndose a los aspectos relevantes a tener en consideración en relación con la configuración y los efectos del silencio administrativo positivo, señaló que la existencia y los efectos no dependen de su formalización, en tanto la protocolización de la copia de la solicitud presentada a la administración, se ha entendido como un mero trámite encaminado a darle forma a la resolución tácita, para que quien pretenda hacer valer sus consecuencias pueda acreditarlo, no lo es menos que dicho pronunciamiento tuvo lugar al amparo de las normas del Código Contencioso Administrativo Decreto 01 de 1984, estatuto que a diferencia de la Ley 1437 de 2011, no consagraba el supuesto de firmeza de los actos administrativos contemplado en el numeral 5 de su artículo 87.

Aunado a lo anterior, es preciso advertir que esa Honorable Corporación, en providencia del 30 de agosto de 2016, refiriéndose a la firmeza de un acto ficto positivo, con fundamento en el artículo 42 del C.C.A., señaló que la misma tiene ocurrencia "desde el día siguiente a la fecha en que configuró el silencio, pero se exige la protocolización para hacer valer la decisión ficta positiva ante terceros y, por su puesto, ante la propia administración"; no obstante, el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es claro al señalar la firmeza del acto ficto producto del silencio administrativo positivo, tendrá lugar "desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85", artículos 85 y 87 aplicables al amparo del art. 47 ibídem.

Así las cosas, pese a que puede afirmarse que nació el acto ficto producto del silencio administrativo positivo, ante la no resolución oportuna del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 480 del 12 de mayo de 2015, el mismo no adquirió firmeza en tanto no se agotó el trámite de protocolización a que alude el mencionado art. 85 de la Ley 1437 de 2011, razón por la que se torna ineficaz, no convirtiéndose como válido el afirmar que el Ministerio del Trabajo perdió competencia para decidir los recursos contra la resolución sancionatoria [...].

CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA

La potestad sancionatoria es entendida por la jurisprudencia constitucional como una herramienta para la consecución de los fines esenciales, del



Estado, y en tal sentido la Corte Constitucional lo ha reiterado (Sentencia C 401 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Consideración Jurídica No. 4):

"La potestad sancionadora de las autoridades titulares de funciones administrativas, en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado, está sometida a claros principios, que, en la mayoría de los casos, son proclamados de manera explícita en los textos constitucionales, tales como los de legalidad, tipicidad, prescripción, a los que se suman los de aplicación del sistema sancionador como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso - régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias-, de proporcionalidad y el de non bis in ídem".

De forma posterior, el Tribunal Constitucional (Sentencia C 818 de 2015 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Consideración Jurídica No. 4.) reafirmó que la potestad sancionatoria de las autoridades administrativas busca la prevención y sanción de conductas contrarias al ordenamiento legal:

"Es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas".

Ahora bien, esa facultad no puede quedar sometida a un espacio temporal abierto. El legislador en el ejercicio de la libertad configurativa determinó que debe haber límites temporales para la administración con el objeto de garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la seguridad jurídica, el debido proceso y la eficacia de la administración pública. Por ello, el citado Tribunal (Sentencia C 401 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Consideración Jurídica No 3.) también ha dejado claro que:

"La obligación de adelantar las investigaciones sin dilaciones injustificadas, como parte del debido proceso, se aplica a toda clase de actuaciones, por lo que la justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc., de forma tal que la potestad sancionatoria no quede indefinidamente abierta, y su limitación en el tiempo con el señalamiento de un plazo de caducidad para la misma, constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de seguridad jurídica y prevalencia del interés general, además de cumplir con el cometido de evitar la paralización del proceso administrativo y, por ende, garantizar la eficiencia de la administración".

Esa misma providencia mencionó que en el procedimiento administrativo la facultad sancionatoria del Estado debe ser ejercida dentro de los 3 años siguientes a la ocurrencia del hecho, de lo contrario esta caducará y la administración perderá la facultad para hacerlo.

[...]



Al igual que ocurre en materia penal, el trascurso del tiempo jurídicamente produce un efecto de estabilización de las situaciones jurídicas, razón por la cual el no ejercicio de la potestad sancionadora dentro de los límites temporales genera para el ciudadano una posición favorable porque aun cuando sea responsable por incurrir en una infracción administrativa, el legislador deshabilita a los órganos competentes, toda vez que ejercicio del ius puniendi en estas circunstancias generaría una actuación arbitraria.

No obstante, la jurisprudencia y el CPACA, han dejado claro que el término de caducidad se inicia a contar desde la ocurrencia del hecho, hasta tanto transcurran 3 años. Durante este período la administración debe expedir y notificar el acto de sanción. El referido término es independiente al de la resolución de los recursos y así lo ha reiterado el Consejo de Estado (Sentencia 25000-23-24-0002008-00369 01, C.P. Guillermo Vargas Ayala, Consideración Jurídica No. 5.1): [...]

Sobre el computo de término y su relación con los recursos en sede administrativa, el Consejo de Estado mediante fallo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (Sentencia No. 11001-0315-000-2003-00442-01(S). C.P.: Susana Buitrago Valencia), reafirmó que son términos independientes que no se computan entre sí: [...]

Como último, es preciso tener en cuenta lo fallado por parte del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P., Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de fecha 30 de agosto de 2016, en el cual se estipulo:

"FIMEZA DEL ACTO FICTO POSITIVO- Tiene ocurrencia desde el día siguiente a la fecha en que se configura el silencio administrativo positivo - Se exige para hacer valer la decisión ficta positiva ente terceros y ante la propia administración / SOLICITUD DE DECLARATORIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Al no presentarse oportunamente el plazo de los cinco años para la pérdida de la fuerza de ejecutoria se cuenta a partir del día siguiente de la ocurrencia del silencio positivo".

[...]

CONDENA EN COSTAS

Ahora bien, en lo atinente a la condena en costas es preciso se tenga en cuenta, la sentencia C.E., Sección Tercera, Sentencia 0500123310002006001 1101 (48809), jun. 13/16, la cual determinó:

"Una acción contractual que terminó en la declaración de nulidad parcial del acto administrativo que liquidó unilateralmente un contrato fue el escenario para que la Sección Tercera reiterara que en materia de condena en costas el juez tiene una facultad discrecional para decidir si se abre paso a esa imposición sobre la base del análisis de la conducta asumida por las partes en litigio.

Según el alto tribunal, así lo ha compartido igualmente la jurisprudencia del máximo órgano constitucional al precisar que si bien el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 no concede al operador judicial una facultad absolutamente



potestativa de decidir cuándo procede o no la referida condena, la discreción que puede ejercerse sobre la misma debe atender a una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida. (Lea: Subsección del Consejo de Estado varía enfoque sobre imposición de costas en procesos administrativos).

En efecto, dicha ponderación debe conducir a que se verifique si han procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas de interponer recursos o de promover incidentes en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal. (Lea: Los gastos judiciales son aquellos imprescindibles para la pretensión).

Dentro de las conductas que se consideran reprochables y capaces de producir una condena que obliguen a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial se resaltan:

- *Demanda u oposición temeraria, porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable.*
- *Injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas.*
- *Interposición de recursos con un interés meramente dilatorio.*

Con todo, el hecho de que la sentencia de primer grado resulte adversa a los intereses de alguno de los extremos procesales en modo alguno implica un ejercicio desmedido del derecho o un uso caprichoso del aparato jurisdiccional, advirtió la corporación (C. P. Marta Nubia Velásquez)".

Dado lo anterior y que en ningún momento por parte de la entidad demandada se presentaron los supuestos señalados, se solicita la absolución en las costas procesales [...]” (Subrayado original del texto).

Actuación en segunda instancia

Admisión del recurso y traslado para alegar

10. El Despacho sustanciador, mediante providencia de 11 de diciembre de 2018 admitió el recurso de apelación¹⁴; mediante providencia proferida el 11 de febrero de 2019, ordenó que, en el término de diez (10) días, las partes presentaran los alegatos por escrito y vencido dicho término se surtiera el traslado al Ministerio Público.

¹⁴ Folio 5 del cuaderno núm. 2 del expediente.



Alegatos de conclusión

Del Ministerio de Trabajo

11. El apoderado de la parte demandada reiteró los argumentos que expuso en el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia¹⁵.

Del Sistema Nacional de Aprendizaje, SENA

12. La parte demandada, guardó silencio en este momento procesal.

De la parte demandante

13. La parte demandante, guardó silencio en este momento procesal.

Concepto del Ministerio Público

14. El Ministerio Público guardó silencio en este momento procesal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

15. La Sala procederá al estudio de: i) la competencia de la Sala; ii) los actos administrativos acusados; iii) el problema jurídico; iv) pronunciamientos jurisprudenciales sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración bajo los regímenes del Código Contencioso Administrativo y el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ausencia de protocolización del silencio administrativo positivo no impide declaratoria de nulidad por falta de competencia de los actos administrativos; v) el marco normativo sobre el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la Ley 1437 de 2011 y la notificación de los actos administrativos; vi) el acervo probatorio; y, vii) análisis del caso concreto.

¹⁵ Folios 19 a 28 del cuaderno núm. 2 del expediente.



Competencia de la Sala

16. Vistos el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo sobre la competencia del Consejo de Estado, en segunda instancia, aplicable en los términos del artículo 308¹⁶ de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011¹⁷, sobre el régimen de transición y vigencia; y el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia.

17. Agotados los procedimientos inherentes a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la Sala procederá a examinar las argumentaciones expuestas por la parte demandada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2018 por el Tribunal Administrativo de Santander.

Actos administrativos acusados¹⁸

18. Los actos administrativos acusados son los siguientes¹⁹:

¹⁶ “[...] **Artículo 308. Régimen de transición y vigencia.** El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”.

¹⁷ “[...] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]”.

¹⁸ Se procede a transcribir los apartes más relevantes, sin perjuicio de las citas que se hagan al analizar cada uno de los cargos.

¹⁹ Se procede a transcribir los apartes más relevantes, sin perjuicio de las citas que se hagan al analizar cada uno de los cargos.



18.1. La Resolución núm. 00480 de 12 de mayo de 2015²⁰, de la cual se destaca, lo siguiente:

“[...] LA COORDINACIÓN DEL GRUPO DE PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SANTANDER DEL MINISTERIO DEL TRABAJO, en uso de sus facultades legales y en especial de las contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Decreto 4108 de 2011, Resolución Ministerial 2143 del 201 (sic) la cual deroga los artículos 1.º al 7.º de la Resolución 00404 del 22 de Marzo de 2012, Ley 1610 de 2013 y demás normas concordantes y con fundamento en los siguientes,

CONSIDERANDOS

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Previa comunicación a la parte investigada del inicio del Procedimiento Sancionatorio y concluidas las Averiguaciones Preliminares a las empresas y/o cooperativas E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, VYSALUD EN CASA SAS, SINTRASANDER, JHASALUD IPS CTA, COORMEDES LTDA y ADMINISTRACIÓN EN SALUD CTA, procede el Despacho a formular cargos como resultado de las diligencias adelantadas en cumplimiento del Auto de fecha 25 de enero de 2013, con base en los parámetros fijados en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en especial en aquellos señalados en el Código Sustantivo del Trabajo, - Sistema de Seguridad Social Integral y demás normas concordantes.

[...]

RESUMEN DE LOS HECHOS

Que mediante queja de la Subcomisión Departamental Santander enviada a esta Territorial por correo electrónico el día 11 de junio de 2012, pone en conocimiento una presunta intermediación laboral, atraso pago de salarios y solicitan la realización de una visita al Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, por razón de Auto de fecha 20 de junio de 2012 se comisionó al Dr. Miguel Ángel Vargas Murcia inspector de trabajo y como apoyo a la diligencia comisionaron a las Inspectoras de trabajo Mónica Andrea Prieto Barajas y Ofelia Hernández Araque la cual fue realizada el día 4 de julio de 2012, se anexaron a la misma los siguientes documentos:

Pago Nómina mes de Mayo 2012 (F 37 a 38).

Pago de Seguridad Social y parafiscales (F 39 a 61).

²⁰ Folios 35 a 96 del cuaderno núm. 1 del expediente.



- Listado personal contratado mediante prestación de servicios (F 62 a 67).*
- Copia recibos de pago seguridad social del personal contratado por OPS (F 68 a 89).*
- Programa de Salud Ocupacional año 2010 (F 90 a 109).*
- Contrato No 586 de 2012 Celebrado entre Hospital San Juan de Dios de Floridablanca y COOSERVIMOS CTA (F 110 a 113).*
- Contrato No 293 de 2012 Celebrado entre Hospital San Juan de Dios de Floridablanca y COOPVIGSAN CTA (F 114 a 115).*
- Programa de Salud Ocupacional año 2011 (F 116 a 164).*
- Cronograma de Actividades Programa Salud Ocupacional (F 164 a 167).*
- Cronograma de Actividades Comité de Salud Ocupacional (F 168 a 170).*
- Acta de escrutinio elección comité paritario de salud ocupacional (F 171 a 180)*
- Panorama de Factores de Riesgo Hospital de Floridablanca (F 181 a 216).*
- Informe A.R.P. Colpatria Accidentes de Trabajo del Empleador o Contratante (F 217 a 219)*
- Certificación A.R.P. Colpatria de la contratista María Olga Orduz (F 220),*
- Historia clínica María Olga Orduz Jerez. (F 221).*
- Protocolo para el Manejo del Accidente de Trabajo con Riesgo Biológico, Colpatria A.R.P (F 222 a 226).*
- Formato de Investigación Accidente de Trabajo Biológico Hospital San Juan de Dios de Floridablanca (F 2,27 a 232).*
- Historia clínica ocupacional (F 233 a 273).*
- Formato Asistencia capacitaciones (F 274 a 298).*
- Que mediante Oficio de fecha 9 de julio de 2012 la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Floridablanca remite listado de contrato prestación de Servicios de Enero a Marzo 2012 (F 299) a igual manera anexa cronograma de capacitaciones año 2012 (F 307 a 327) y listado del personal que presta sus servicios a cada Cooperativa en misión dentro del Hospital. Pago de seguridad social integral, contrato o vínculos suscrito entre las personas y las Cooperativas y Pago de Nómina de las Cooperativas a las personas vinculadas (F (328 a 449).*
- La Defensoría del Pueblo remitió oficio radicado 7439 de fecha 30 de octubre de 2012, en el cual solicita intervención al Hospital de Floridablanca por presunto no pago de salarios a los empleados.*



Que mediante Auto de fecha 25 de enero de 2013 comisionan al Doctor Oscar Mauricio Perea Vesga, Inspector de Trabajo y este a su vez lleva a cabo diligencia de Inspección Ocular de fecha 28 de enero de 2013 (F 477 a 479) en la cual constató que están contratando con JAHSALUD IPS CTA, se contrata servicios asistenciales, servicios generales y administrativos y CORMEDES, personal de especialistas, se anexó a la diligencia los contratos No 651-2012, No 652-2012, Adicional No 001, No 653 2012, Adicional No 001, No 654-2012, Adicional No 001, No 68-2012, 688-2012, No 689-2012, No 690-2012, 719-0012, No 720-2012, 721-2012, 727-2012, Adición No 2, 728-2012, Adicional No 001, Adicional No 002, 729-2012, Adicional No. 001, No. 002, 730-2012, Adición No 001, No 002 con período de 10 días y período de dos (2) meses con Adicional No 001, No 002, No 751-2012, No 752-2012 y vigencia contratos año 2013 los siguientes: No 001, No 002, No 003, No 004 y No 005 se contrata a través de la JAHSALUD IPS CTA procesos asistenciales, servicios generales y administrativos en cuanto al personal de especialistas está contratado a través de CORMEDES, relación de pagos Hospital San Juan de Dios de Floridablanca desde 9 de julio de 2012 al 31 de diciembre de 2012 y relación contratos vigencia 2012; con relación a pago de salarios el Hospital anexó relación de pago del mes de noviembre 2012 y prima de navidad del año 2012 y planilla de pago de aportes al sistema de seguridad social integral en salud, pensión y riesgos profesionales del mes de Diciembre del año 2012 y enero 2013, Resolución No 220-012, Certificación vigencia fiscal 2012 del Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, Remisión del Juzgado Once Administrativo de Bucaramanga del caso de la señora María Fernanda Cossio Jiménez donde solicita ejercer una Vigilancia a la E.S.E Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, sobre el tema de intermediación laboral (Folios 480 a 651).

[...]

ANÁLISIS DEL DESPACHO

El accionar del Ministerio tiene entre ellas las funciones de ejercer prevención, inspección, vigilancia y control sobre las empresas para verificar el cumplimiento la normatividad laboral y de seguridad social integral.

El MINISTERIO DEL TRABAJO, como ente estatal, procede de conformidad con Convenio 81 de 1947 de la OIT, lo dispuesto en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Legislativo 2351 de 1965, artículo 41, modificado Ley 584 de 2000, artículo 20 y Resolución 404 de 2012, que atribuye a determinados funcionarios, facultades de policía administrativa laboral para efectos de la vigilancia y control que deben ejercer 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, y le otorgó funciones de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, entre otras funciones: “Ejercer control, inspección y vigilancia sobre el cumplimiento de las normas laborales de seguridad social, empleo, menor trabajador, convenciones, pactos colectivos, laudos arbitrales y normas del Sistema General de Pensiones imponer las sanciones previstas en las disposiciones legales vigentes”.

De igual forma es oportuno clarificar el alcance de la competencia asignada por ley a los Jueces de la República y al Ministerio del Trabajo como



autoridades en asuntos laborales en cuanto a la delimitación de la órbita, se fundamenta a lo señalado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de fecha 8 de octubre de 1986: “Es apenas obvio que la función policiva no puede suplir la jurisdiccional y por ende no es de buen recibo que las autoridades del trabajo definan conflictos jurídicos o económicos inter partes, atribuyendo o negando a cualquiera de los sujetos enfrentados derechos o prerrogativas.

Una vez iniciado el trámite administrativo laboral, y las pruebas requeridas mediante visita de inspección realizada a la E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, el día 4 de julio de 2012 por Inspectores de Trabajo de esta entidad, documentación necesaria que el despacho consideró pertinente para lograr esclarecer los hechos materia de la investigación en la cual se solicitó Pago Nómina mes de Mayo 2012, Pago de Seguridad Social y Parafiscales, listado personal contratado mediante prestación de servicios, copia recibos de pago seguridad social del personal contratado por OPS, Programa de Salud Ocupacional año 2010, Contrato No 586 de 2012 celebrado entre Hospital San Juan de Dios de Floridablanca y COOSERVIMOS CTA, Contrato No 293 de 2012 Celebrado entre Hospital San Juan de Dios de Floridablanca y COOPVIGSAN CTA, Programa de Salud Ocupacional año 2011, Cronograma de Actividades Programa Salud Ocupacional, Cronograma de Actividades Comité de Salud Ocupacional, Acta de escrutinio elección comité paritario de salud ocupacional, Panorama de Factores de Riesgo Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, Informe Colpatria Accidentes de Trabajo del Empleador o Contratante, Certificación A.R.P. Colpatria de la contratista María Olga Orduz, Historia clínica María Olga Orduz Jerez, Protocolo para el Manejo del Accidente de Trabajo con Riesgo Biológico, Colpatria A.R.P., Formato de Investigación Accidente de Trabajo Biológico Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, y demás pruebas solicitadas y aportadas dentro del expediente por las empresas y/o Cooperativas vinculadas a la investigación administrativa la E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, al contratar con las Empresas VYSALUD EN CASA S.A.S Y ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD EN SANTANDER - SINTRASANDER (Conforman la UNIÓN TEMPORAL UT) CORPORACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO DE MÉDICOS ESPECIALISTAS CORMEDES y Cooperativas JAH SALUD IPS OTA, ADMINISTRACIÓN EN SALUD COOPERATIVA DE TRABAJO.

*Es importante pronunciarnos sobre el Auto No 000089 de fecha 06 de noviembre de 2013, el cual se le formuló cargos a las Empresas anteriormente enunciadas por violación a la Ley 50 de 1990, artículos 95 y 96 y Ley 1429 de 2012 artículo 63 y el Decreto 2025 de 2011, **presunta intermediación laboral**, el personal requerido en una empresa para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado por cooperativas de trabajo asociado que haga intermediación laboral o **bajo ninguna otra** modalidad de vinculación, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o **servicios característicos de la empresa**.*



De igual forma es importante hacer claridad frente al tema en discusión de intermediación laboral y Tercerización u Outsourcing que ha sido cuestionado y analizado por las partes intervinientes.

INTERMEDICACIÓN LABORAL

Subcontratación o Tercerización: Se entiende como el proceso económico en el cual una empresa determinada, mueve o destina los recursos orientados a cumplir ciertas tareas, a una empresa externa, por medio de un contrato. Esto se da especialmente en el caso de la “subcontratación de empresas especializadas”. Teniendo en cuenta que la tercerización no significa que el tercero “haga todo”, pues excedería su esencia, dado que una característica de la **tercerización de ciertas actividades o procesos dentro de toda la cadena de producción, es que ese tercero sea más eficiente y más económico que si lo hiciera directamente el beneficiario del servicio, además, que el tercero especializado realiza su labor en sus propias dependencias y bajo su propia autonomía y riesgo.**

Respecto a este punto es también importante tener en cuenta que las únicas autorizadas para el envío de trabajadores, con la posibilidad de delegar en un tercero el tiempo, modo y lugar en los que el trabajador desarrolla sus funciones, son las **EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES (EST)**. En este sentido, no es posible utilizar ninguna otra figura para tercerizar la mano de obra sin incurrir en un riesgo legal, E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, al contratar con las Empresas VYSALUD EN CASA S.A.S. Y ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD EN SANTANDER SINTRASANDER (Conforman la UNIÓN TEMPORAL UT-001) CORPORACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO DE MÉDICOS ESPECIALISTAS CORMEDES y Cooperativas JAH SALUD IPS CTA, ADMINISTRACIÓN EN SALUD COOPERATIVA DE TRABAJO, son empresas y/o Cooperativas creadas para realizar dentro de su objeto social las siguientes funciones: **UNIÓN TEMPORAL UT.001-VYSALUD EN CASA SAS** Objeto: Prestación de Servicios Domiciliarios de: Atención de Enfermería Integral, Visita Médica, Nutrición, Terapia Física, Terapia Respiratoria, Terapia Ocupacional, Servicio de Curaciones, Aplicación de Tratamientos, Promoción y Prevención del Área de la Odontología, Especializada en el Desarrollo del Servicio Asistencial **JAH SALUD IPS.CTA** Objeto: La prestación de servicios en salud ambulatorio y domiciliario, de baja, mediana y alta complejidad, para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, con el recurso humano en salud, asistencial, especializado profesionales de otras aéreas de la salud para apoyar los programas dirigidos a gestantes y maternas y madres lactantes [...] **ADMINISTRACIÓN EN SALUD CTA:** Objeto: Generar y mantener trabajo sostenible para sus asociados de manera autogestionada, con autonomía, autodeterminación y autogobierno vinculando voluntariamente el esfuerzo personal y los aportes económicos de sus asociados [...] **CORMEDES:** Objeto: La Corporación realizará las actividades de carácter científico, académico y agremiación de práctica profesional en el sector de la salud para mejorar el bienestar social a sus asociados, por lo tanto las únicas empresas autorizadas por el Ministerio del Trabajo para enviar trabajadores en misión al servicio de un tercero o suministrar personal y que además pueden realizar intermediación



laboral son las **EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES** y por las razones consagradas en el Artículo 6 del Decreto 4369 de 2006.

Otras características de la Tercerización u Outsourcing son:

Es un tercero especializado;

Hace apenas una parte del proceso de producción de su cliente;

Ese tercero especializado es autónomo;

Le puede prestar servicios simultáneamente a varios clientes;

Lo hace con su propio personal o trabajadores;

No existe ningún tipo de subordinación entre los trabajadores del tercero y el cliente;

El tercero especializado actúa bajo su propia cuenta y riesgo.

El análisis en el caso particular se debe enfocar también en determinar si esa tercerización se convierte en intermediación laboral, lo cual estaría contrariando las normas legales vigentes; tales casos serían evidentes si se demuestran las siguientes situaciones:

El cliente es dueño de los medios de producción (equipos, maquinaria e instalaciones) en los que deben operar los trabajadores del tercero especializado.

El cliente ejerce mando y da órdenes sobre los trabajadores de la empresa que hace la tercerización.

El cliente determina a qué trabajador en particular se contrata o se desvincula, siendo "presuntamente" empleados del tercero especializado.

El tercero especializado no tiene dependencia económica, pues depende del cliente.

Si se presentan estos casos la tercerización u outsourcing, en el fondo no lo sería, sino que se estaría frente a una contratación indirecta de los trabajadores, teniendo en realidad el mando sobre estos a pesar de estar en nómina de la empresa.

La Ley 1429 de 2010 establece en su Artículo 63. "[...] El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral **o bajo ninguna otra modalidad de vinculación** que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes [...].



El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de 5.000 s.m.l.m.v. a las Instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas”.

> DECRETO 002025 DE 2011, (Junio 8), por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010

"Artículo 1°. Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a *intermediación laboral se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.*

Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto esta actividad no está permitida a las Cooperativas y Precooperativas de trabajo asociado ni a ninguna otra clase de empresa.

Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Para los efectos del presente decreto, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios”.

ACTIVIDAD MISIONAL PERMANENTE

Si analizamos desde el orden administrativo se debe empezar por entender que es una empresa y se puede decir que es la institución o agente económico que toma las decisiones sobre la utilización de factores de la producción para obtener los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Lo que se denomina actividad productiva consiste en la producción de bienes o servicios mediante el empleo de diversos factores productivos (materiales, financieros, de gestión, tecnología y trabajo).

De modo que las empresas son los instrumentos empleados para producir y poner en manos del consumidor la mayor parte de los bienes y servicios existentes en la economía, para alcanzar sus objetivos, la empresa obtiene del entorno los factores que emplea en la producción, (tales como materias primas, maquinaria y equipo, mano de obra, capital, etc.). Dado un objetivo u objetivos prioritarios define la forma de alcanzarlos y adecuar los medios disponibles al resultado deseado.

De acuerdo con las intencionalidades de la empresa, sus potencialidades productivas o las capacidades de sus gestores, se produce la misión de la empresa, concepto que hoy en día se encuentra englobado a los aspectos de su desarrollo estratégico.

Una empresa, en el sentido productivo y no como forma jurídica, se identifica a partir de su misión. En teoría administrativa se indica que una declaración de misión es esencial para participar del mercado, y en ella debe resumirse



la razón de ser, metas, valores y ofrecimientos básicos de la empresa. Toda empresa necesita una declaración de la misión, mediante la cual define su propósito, articula la cultura empresarial y ayuda a perpetuar los métodos de trabajo apropiados. En resumen, sirve como una guía del qué hacer empresarial.

Diferente al sentido administrativo de la Misión (la cual involucra aspectos muy variados, inclusive psicológicos), es el sentido jurídico del concepto. En Derecho, puede identificarse en relación con el denominado objeto social, el cual se entiende como la descripción de la actividad empresarial o de la meta propuesta al constituir la empresa, identificando los actos jurídicos propios de su actividad empresarial.

En términos generales, el objeto social de la empresa (o actividad misional), es a lo que ésta se dedica. Una empresa se forma para desarrollar una o más actividades específicas y el objeto social es la declaración jurídica de la actividad o actividades a las que se va a dedicar, en caso de la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS FLORIDABLANCA, "es una empresa prestadora de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado, como parte integral del sistema de seguridad social en salud", que es el objeto social del Hospital en mención y que se está contratando con las cooperativas y/o empresas bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en el presente caso no se está contratando procesos, ni subprocesos si no personal para desarrollar el objeto misional permanente del Hospital la cual es la parte de salud, la administración del servicio se presta en las instalaciones la Empresa Social de Estado utilizando los medios físicos, tecnológicos, equipos e instalaciones de propiedad de la Empresa investigada.

Mediante el Decreto No. 0099 de 14 de agosto de 1995, se transforma el Hospital Departamental en Empresa Social del Estado HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, y en su artículo 4 el objeto es el siguiente:

"El objeto de la empresa, será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado, como parte integrante del Sistema de Seguridad en Salud. En consecuencia, en desarrollo de este objeto adelantará acciones de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud, acorde con su nivel de complejidad".

Es importante para este despacho nombrar algunos de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la **E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA** y las Empresas y/o Cooperativas vinculadas dentro de la investigación administrativa, son los siguientes: **JAHSALUD IPS** - Contratos Nos 001-2013 (F 496), 002-2013 (F 500); 004-2013 (F 509); 651-2012 (F 576); 654-2012 (F 561 a 565); 688-2012 (F 568); 719-2012 (F 572); 729-2012 (F 577); 652-2012 (F 586); 689-2012 (F 689); 720-2012 (595); 727-2012 (F 599 a 605). **CORMEDES**: Contratos Nos 003-2013 (F 504); 653-2012 (F 523); 690-2012 (F 527); 721-2012 (F 533); 728-2012 (F 537), **ADMINISTRACIÓN EN SALUD CTA**: Contrato No 005-2013 (F 515), **UNIÓN TEMPORAL UT**: Contratos Nos 035-2013 (F 800), adicional 001-2013 (F 815) y 036-2013, otro si 001-2013 (F 833).



Analizadas las pruebas suministradas dentro del proceso administrativo se establece una indebida intermediación laboral sin autorización legal para ejercer dicha labor a las Empresas y/o Cooperativas **VYSALUD EN CASA S.A.S** y **ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD DE SANTANDER - SINTRASANDER-** que conforman la **UNIÓN TEMPORAL UT**, en la cual se está suministrando personal o envió de trabajadores para prestar el servicio a la **E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA**, para el desarrollo de las actividades misionales permanentes tales como de 22 Médicos Generales, 12 Enfermeras Profesionales, 48 Auxiliares de Enfermería, 3 Tecnólogos de Radiología, 1 Secretaria de Radiología, 2 Fisioterapeutas, 1 Nutricionistas, 5 Instrumentadoras, 1 Camillero, 2 Trabajadoras Sociales, 1 Psicólogo, 6 Bacteriólogas, 1 Coordinador de Bacteriología, 5 Auxiliar de Laboratorio, 1 Fonoaudióloga (folios 871 al 875); la **CORPORACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO DE MÉDICOS ESPECIALISTAS - CORMEDES**, en la cual se está suministrando personal para prestar el servicio en la **E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA**, para el desarrollo de las actividades misionales permanentes tales como suministro de 5 ginecólogos, 2 ortopedistas, 2 cirujanos generales, 2 internistas, 2 pediatras, 3 anesthesiólogos, 1 geriatra y 2 auditores médicos, según lo anexado por el hospital (Folio 662), en el requerimiento se anexa que el suministro de personal es de 14 médicos especialistas, en el contrato número 653-12 el objeto del contrato es el servicio que se presta al hospital en Cirugía General, Ortopedia, Ginecología, Medicina Interna, Pediatría, Anestesiología y Auditoría Interna; por parte de la **E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA**, al contratar con las empresas **VYSALUD EN CASA S.A.S**, **ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD DE SANTANDER - SINTRASANDER-** (conforman la **UNIÓN TEMPORAL UT**), **CORPORACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO DE MÉDICOS ESPECIALISTAS - CORMEDES**, y Cooperativas **JAHSALUD IPS CTA**, **ADMINISTRACIÓN EN SALUD COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO**, el suministro de personal que presta el servicio en el hospital, según los contratos de prestación de servicios allegados a la presente investigación estas empresas no tiene autorización para ejercer intermediación laboral; la cooperativa **JAHSALUD IPS CTA**, en la cual se está suministrando personal para prestar el servicio a la **E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA**, para el desarrollo de las actividades misionales permanentes tales como 36 Auxiliares de enfermería, 3 auxiliares de laboratorio, 4 tecnólogos en rayos X, 1 auxiliar de farmacia, 1 químico farmacéutico, 9 jefes de enfermería, 6 bacteriólogos, 2 fisioterapeutas, 6 instrumentadoras quirúrgicas, 2 trabajadoras sociales, 19 médicos generales, 1 psicólogo y 1 nutricionista en el mes de agosto de 2012 y mediante un nuevo contrato febrero de 2013 la cooperativa **JAHSALUD IPS CTA**, está suministrando o enviando trabajadores al hospital en mención 44 auxiliares de enfermería, 3 tecnólogos de rayos X, 3 auxiliares de farmacia, 1 químico farmacéutico, 11 jefes de enfermería, 2 fisioterapeutas, 5 instrumentadoras quirúrgicas, 3 trabajadoras sociales, 22 médicos generales, 1 psicólogo, 2 nutricionistas, 1 camillero. (Folios 1059 al 1074) y por último la cooperativa **ADMINISTRACIÓN EN SALUD COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO** por no presentar los documentos solicitados mediante requerimiento No 14368-2980 de fecha 02 de septiembre de 2013, en cual se solicitaba los siguientes documentos, nombres de todos los trabajadores asociados que prestan el servicio al Hospital San Juan de Dios



de Floridablanca Santander, detallando cargos y funciones, contrato de prestación de servicios firmado con el Hospital de Floridablanca (sic) y certificado de existencia y representación legal.

Como hemos indicado que la tercerización se refiere a la contratación (o subcontratación) de procesos, mejor dicho, en términos de economía, se refiere a la contratación externa de procesos productivos por parte de una empresa a otra que lo hace de manera especializada. En sentido estricto no sería la contratación de factores productivos, ya que esto hace relación a la necesaria interconexión (natural en un sistema económico) entre empresas para proveerse de los elementos necesarios para adelantar los procesos productivos (el dinero, el trabajo, las materias primas, las materias auxiliares, máquinas, herramientas, equipos, instalaciones, conocimientos, gestión, etc.).

Ahora bien, una primera incursión de la tercerización se encuentra referida a la contratación de procesos productivos operativos o complementarios. Siendo así que los proveedores le entregan a la contratante aquellas fases que no son propias del giro ordinario de la segunda (o que no son de la esencia de su objeto social).

Sin embargo, en la medida que se ofrece la transformación de los procesos productivos (muchas empresas pasan de ser productoras directas a ser comercializadoras o detentadoras de una determinada marca) también puede ocurrir que ciertas fases del proceso productivo que son identificadores o que caracterizan a la contratante (a su objeto social) también pudieran ser transferidos a un tercero. En este caso, pudiéramos decir que se produce una tercerización de su misión, desarrollando el tercero - en su relación contractual con su cliente - una actividad misional permanente.

Por lo anterior podemos evidenciar que se está contratando las actividades misionales permanentes propias del Hospital tal como se evidencia en el objeto social de la entidad y como bien lo define el Decreto 2025 de 2011 en su Artículo 1 inciso 3 en los siguientes términos: Para los mismos efectos, **se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.**

De otro lado, la Sentencia de La Corte Constitucional C-614 de 2009 establece, "el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el legislador como un contrato estatal que celebran "las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados // En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

RAZONES DE LA SANCIÓN

Según la Ley 1610 de 2013 una de las funciones principales de las Inspecciones del Trabajo y Seguridad Social está la Función Coactiva o de



Policía Administrativa: "Como autoridades de policía del trabajo, la facultad coercitiva se refiere a la posibilidad de requerir o sancionar a los responsables de la inobservancia o violación de una norma del trabajo, aplicando siempre el principio de proporcionalidad". Las autoridades investidas del poder de policía están facultadas para procurar el cumplimiento de las normas sustantivas laborales, a las autoridades del Ministerio del Trabajo, le corresponde en ejercicio del poder de policía administrativa, realizar funciones de vigilancia, protección, control y prevención en el campo laboral.

Por lo tanto, en el presente caso se está vulnerando lo dispuesto en la Ley 1429 de 2010, Artículo 63, en relación con la intermediación laboral que se realiza entre el hospital y las empresas contratistas y su correspondiente sanción.

Artículo 63. *"Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.*

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave".

Con relación a la intermediación laboral entre el hospital en mención y las cooperativas de trabajo asociado las multas aplicadas son las relacionadas en el Decreto 2025 de 2011 artículo 9.

Artículo 9. *"Las multas establecidas en los artículos 4 y 5 del presente decreto 2025 de 2011 serán impuestas, con base en los siguientes parámetros:*

Número total de trabajadores asociados Valor multas en SMMLV y no asociados

De 1 a 25

De 1.000 a 2. 500

De 26 a 100

De 2.501 hasta 3.000 SMMLV



De 101 a 400
De 401 en adelante

De 3.001 hasta 4.000 SMMLV
De 4001 hasta 5.000 SMMLV

Las sanciones anteriormente establecidas se impondrán en la misma proporción a las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y a los terceros contratantes con respecto a las Empresas y/o Cooperativas E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, VYSALUD EN CASA S.A.S., ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD DE SANTANDER - SINTRASANDER- (conforman la UNIÓN TEMPORAL UT), CORPORACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO DE MÉDICOS ESPECIALISTAS CORMEDES, COOPERATIVA JAHSALUD IPS CTA, ADMINISTRACIÓN EN SALUD COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO se sancionan por violación de las siguientes normas Ley 50 de 1990 artículos 95 y 96 y Ley 1429 de 2012 artículo 63 y el Decreto 2025 de 2011, presunta intermediación laboral, el personal requerido en una empresa para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado por cooperativas de trabajo asociado que haga intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característico de la empresa. (Negrilla y subrayado del despacho).

[...]

De igual manera la apoderada del HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, mediante Oficio bajo radicado No 2600 de fecha 28 de marzo de 2014, anexa documentos de un acta de reunión en esta territorial sobre la formalización laboral con respecto a este tema el despacho continua con la investigación hasta tanto no exista un acuerdo de formalización. (F 1974 a 1977).

En consecuencia la **COORDINACIÓN DEL GRUPO DE PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL MINISTERIO DEL TRABAJO DE SANTANDER,**

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: SANCIONAR a la E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, identificada con NIT No. 890.202,024-3, Representada Legalmente por la Doctora EDNA RUTH OVALLE ZULETA, o por quien a la fecha haga sus veces y domicilio en la Carrera 8 No 3-30 Floridablanca — Santander, con **multa de mil novecientos treinta y tres millones, seiscientos noventa y cuatro mil trescientos cincuenta pesos (\$1.933.694.350.00),** equivalente a tres mil uno (3001) salarios mínimos mensuales legales vigentes, a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por intermediación laboral, según lo dispuesto en los artículo 1, 4 y 9 del decreto 2025 de 2011, de conformidad con lo previsto en el artículo 63 de la ley 1429 de 2010, y de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva del proveído.

[...]



ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR a los jurídicamente interesados en los términos de los artículos 67 a 69 de la Ley 1437 de 2011 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiendo que contra el presente acto administrativo, proceden los recursos de reposición, ante quien expidió la decisión y el de apelación, ante el inmediato superior, Interpuestos en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso

ARTÍCULO SÉPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente remítase al SENA, para los fines pertinentes.

[...]" (Destacado original del texto).

18.2. La Resolución núm. 00818 de 10 de junio de 2016²¹, por medio del cual se resuelve un recurso de apelación, del cual se destaca lo siguiente:

“[...] LA DIRECTORA TERRITORIAL SANTANDER

En uso de sus facultades legales, y en especial las conferidas en el artículo 115 del Decreto 2150 de 1995, en el artículo 30 del Decreto 4108 del 02 de noviembre de 2011, Resolución Ministerial 2143 del 28/05/2014, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437/2011

DE LOS RECURSOS PRESENTADOS

[...]

3. De los argumentos esgrimidos por la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, a través de apoderada judicial, a continuación, traeremos a contexto algunos de estos a saber:

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La suscrita defensora halla serios y sustanciales reparos en lo compendiado en la Resolución No. 000480 del 12 de mayo de 2015 [...], proferida por el Ministerio de Trabajo Dirección Territorial de Santander – Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, autoridad judicial que de espaldas a la realidad procesal que obra en el expediente sancionó injustamente a mi representada, como reza la parte resolutive del Acto Administrativo impugnado, violando el derecho fundamental al debido proceso y a la igualdad en el fallo, como consecuencia de los defectos en los cuales incurrió.

La presencia de los defectos los sustentó así:

²¹ Folios 97 a 176 del cuaderno núm. 1 del expediente.



PRIMER DEFECTO: Indebida valoración de las pruebas: El defecto es atribuido a que el Ministerio de Trabajo Dirección Territorial de Santander - Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, ignoró por completo los medios de prueba como (testimonios, documentos, actas, oficios, etc.), los cuales no mencionó en sus consideraciones del presente que en el Acto Administrativo impugnado [...] encaminado a desvirtuar los medios de pruebas que allí obran, de modo que si bien el operador judicial juzgó, no especificó porqué los medios que hablaban sobre los aspectos materia de la investigación carecen de valor en el juicio. El defecto atribuido en el Acto Administrativo impugnado es fruto de no haber valorado debidamente los medios de prueba existentes en el expediente.

SEGUNDO DEFECTO: Decisión sin Motivación: El defecto es atribuido a que el Ministerio de Trabajo Dirección Territorial de Santander - Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, no definió de forma expresa porqué, en su sentir la investigada HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA transgredió las normas Ley 50 de 1990 artículos 95 y 96 de la Ley 1429 de 2012 artículo 63 y el Decreto 2025 de 2011, simplemente consignó en dos fragmentos, en el primero dijo: “la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA” es una empresa prestadora de servicios de salud ()”.

Para la defensa es conveniente hacer énfasis que en toda la providencia recurrida no se expresó ni una sola valoración probatoria expresa para demostrar lo decidido en la parte resolutive del Acto Administrativo cuestionado, materia de la litis.

TERCER DEFECTO: Desconocimiento del Debido Proceso. El defecto es atribuido a que el Ministerio de Trabajo Dirección Territorial de Santander-Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, vulneró el principio fundamental al debido proceso de que goza la persona jurídica E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, en cuanto las razones esgrimidas por el operador judicial en el Acto Administrativo acusado comprometen su legalidad, en tanto comprendió su análisis a los supuestos señalados como los causantes de la violación de la normatividad: Ley 50 de 1990 artículos 95 y 96 y Ley 1429 de 2012 artículo 63 y el Decreto 2025 de 2011, difiriendo sustancialmente de la realidad procesal, que acuso citar seguidamente.

Veamos;

Obra en el expediente (folio 946) la Resolución Administrativa No. 193 de noviembre 12 de 2012 emitida por la Gerente de la ESE Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, “Mediante la cual se establece el diseño y adopción del programa de saneamiento fiscal y financiero por parte de la E.S.E, Hospital San Juan de Dios de Floridablanca”, en los términos del artículo 8 de la Resolución No. 2609 de 202 (sic) en el que se destaca en la parte resolutive numeral 2.4,- sostenibilidad financiera 4.4.1 – Proyección de Equilibrio Operacional corriente de la ESE 2.4.2- Proyección de Equilibrio Operacional no corriente de la E.S.E. 2.4.3 - Impacto de la aplicación de programa de saneamiento fiscal y financiero de la ESE (ver folios 947 y 948).



El operador judicial (sic) no tuvo en cuenta al momento de emitir la decisión atacada que la Entidad sancionada E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, junto con el Ministerio de Trabajo Dirección Territorial de Santander- Directora Dra. Ofelia Hernández Araque, como consta en el escrito de fecha 27 de marzo de 2014, iniciaron las mesas de trabajo con el propósito de dar cumplimiento a la normativa pertinente a la Formalización Laboral, tal y como lo manifiesta el escrito al (al folio 1974) que comunica al Despacho del Inspector de Trabajo Dr. Oscar Perea tal hecho, con el fin de que aplicara lo ordenado en el artículo 16 [...] de la ley 1610 de 2013.

[...]

A pesar de esto sí se ha recalcado que la tercerización de servicios debe cumplir con las normas legales vigentes que garanticen el reconocimiento de salarios, prestaciones de ley, y pago de aportes patronales y parafiscales y demás emolumentos legales a los trabajadores que laboran en la E.S.E. a través de operadores externos.

A la luz del Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero viabilizado la ESE. no contempló recursos que permitan ejecutar acciones de formalización del empleo, lo cual no significa que no las puedan implementar, ya que el PSFF puede ser ajustado. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que cualquier modificación implica una revaluación de todo el escenario tanto financiero como de prestación de servicios de la entidad, y que tales cambios deberán sustentarse siguiendo la metodología establecida y someterse a la evaluación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien por norma es la única entidad con la competencia de determinar la viabilidad o no de los ajustes presentados, y por ende su ejecución por parte de la E.S.E. Cabe resaltar, que el estar en ejecución del PSFF implica para su institución que deben cumplirse todas y cada una de las medidas establecidas en el programa, el pago total de los pasivos en los tiempos esperados y sobre todo, demostrar sostenibilidad financiera en cada vigencia de la ejecución del programa, medido en el indicador de equilibrio resultante de la relación ingresos / gastos, en caso contrario y de acuerdo con la reglamentación vigente, le sería remitida a la Superintendencia Nacional de Salud para que se adelante el proceso liquidatorio por incumplimiento.

CUARTO DEFECTO: Desconocimiento del Principio Constitucional de la buena fe y Presunción de Legalidad de los Actos Administrativos: El defecto es atribuido a que el Ministerio de Trabajo Dirección Territorial de Santander - Grupo de Prevención, Inspección y Vigilancia y Control, vulneró el principio fundamental de la buena fe de que gozan las personas naturales y jurídicas en nuestro estado social de derecho y de la presunción de legalidad de los actos administrativos; en cuanto el operador jurídico sin argumento encaminado a desvirtuar los medios de pruebas que obran en el expediente juzgo: “que en el presente caso no se está contratando procesos, ni subprocesos, sino personal para desarrollar el objeto misional permanente del Hospital la cual es la parte de la salud, la administración del servicio se presta en las instalaciones de la Empresa Social del Estado utilizando los medios físicos, tecnológicos, equipos e instalaciones de propiedad de la Empresa investigada.” [...].



En el caso presente, el operador judicial no explica siquiera cuáles son las razones por las cuales considera que los contratos aludidos transgreden el derecho constitucional y legal en especial la normativa citada en la parte resolutive del acto administrativo acusado.

[...]

QUINTO DEFECTO.- El operador judicial no reconoció en el Acto Administrativo acusado la aplicación de normativa de rango constitucional legal y normativo por parte de la E.S.E Hospital San Juan de Dios de Floridablanca en materia contractual: *El defecto es atribuido a que el Ministerio de Trabajo Dirección Territorial de Santander - Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, no tuvo en cuenta que tal y como la ha explicado la defensa en este escrito y en documentos anteriores (respuesta de cargos, alegatos de conclusión etc.) que la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Floridablanca en cabeza de la Gerente Edna Ruth Ovalle Zuleta, ha direccionado su actuar administrativo en materia contractual, al marco estricto y respetuoso de la Constitución, la ley, los reglamentos y circulares expedidas por las autoridades competentes en esta materia y en relación con el desarrollo del objeto social institucional.*

La E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, en materia contractual se acogió a las orientaciones que sobre la materia existen, a través de circulares expedidas por los Ministerios del Trabajo y de la Protección Social, en consideración a que en la actualidad cursa en el Congreso de la República un proyecto de ley mediante el cual se modifica el régimen laboral relacionado con los servicios públicos que prestan estas instituciones de salud, que tiene como fin garantizar los derechos laborales de los trabajadores, ajustar las necesidades de recurso humano a la realidad de la demanda de servicios de acuerdo a las condiciones presupuestales en los términos y condiciones señaladas en la ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005 [...].

Debe quedar igualmente claro el compromiso institucional adquirido por la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA de continuar con el proceso de Formalización Laboral que actualmente desarrolla con el Ministerio de Trabajo - Dirección Territorial, en el marco de la normativa vigente y con la consideración de encontrarse en el Proceso de Saneamiento Fiscal y Financiero.

SEXTO DEFECTO.- Desproporcionalidad de la Sanción: *El defecto es atribuido a que el Ministerio de Trabajo Dirección Territorial de Santander-Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, no tuvo en cuenta el postulado legal previsto en el artículo 12 DEL Decreto 1610 del 2 de enero de 2013 que dice: Graduación de la Sanción (...).*

Para la defensa resulta la sanción impuesta por el operador judicial manifiestamente desproporcionada y contraria a las realidades previstas en nuestro ordenamiento jurídico, en razón a los bienes jurídicos que se protegen los cuales claramente son de rango constitucional.

Es sabido que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación del ordenamiento jurídico, mediante la imposición



de una sanción que no solo repruebe, sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas (Sentencia C-818/05, Corte Cons.).

PARA RESOLVER ESTE DESPACHO CONSIDERA

Como primera medida se debe sentar el precedente que todas las actuaciones emitidas en el expediente bajo análisis se realizaron con sujeción y respeto al debido proceso, en tanto que el acto administrativo impugnado se fundamentó conforme a las pruebas obrantes en el plenario, e igualmente en las normas que rigen la materia, sin embargo, a continuación, a groso modo se procede con los planteamientos del despacho con respecto a los argumentos esbozados por el recurrente.

En lo que respecta a las apreciaciones hechas por el recurrente en su acápite FUNDAMENTOS JURÍDICOS al ÍTEM PRIMERO; el despacho se permite hacer los siguientes señalamientos:

De acuerdo con lo señalado en el acto administrativo impugnado no es procedente que el recurrente señale que se ignoraron por "completo los medios de prueba como tal (testimonios, documentos, actas, oficios etc.), los cuales no mencionó en sus consideraciones", toda vez que en el acto administrativo en estudio explícitamente se dijo que:

"Es importante para este despacho nombrar algunos de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA y las Empresas y/o Cooperativas vinculadas dentro de la investigación administrativa, son los siguientes: JAHSALUD IPS -Contratos Nos 001-2013 (F 496), 002-2013 (F 500); 004-2013 (F 509); 651-2012 (F 576); 654-2012 (F 561 a 565); 688-2012 (F 568); 719-2012 (F 572); 729-2012 (F 577); 652-2012 (F 586); 689-2012 (F 689); 720-2012 (595); 727-2012 (F 599 a 605) CORMEDES: Contratos Nos 003-2013 (F 504); 653-2012 (F 523); 690-2012 (F 527); 721-2012 (F 533); 728-2012 (F 537), ADMINISTRACIÓN EN SALUD CTA: Contrato No 005-2013 (F 515), UNIÓN TEMPORAL UT: Contratos Nos 035-2013 (F 800), adicional 001 2013 (F 815) y 036-2013, otro si 001 -2013 (F 833).

Analizadas las pruebas suministradas dentro del proceso administrativo se establece una indebida intermediación laboral sin autorización legal para ejercer dicha labor a las Empresas y/o Cooperativas VYSALUD EN CASA S.A.S y ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD DE SANTANDER - SINTRASANDER- que conforman la UNIÓN TEMPORAL UT, en la cual se está suministrando personal o envió de trabajadores para prestar el servicio a la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, para el desarrollo de las actividades misionales permanentes tales como [...]; por parte ES.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, al contratar con las empresas VYSALUD EN CASA S.A.S ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD DE SANTANDER - SINTRASANDER- (conforman la UNIÓN TEMPORAL UT), CORPORACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO DE MÉDICOS



ESPECIALISTAS - CORMEDES, y Cooperativas JAH SALUD IPS CTA, ADMINISTRACIÓN EN SALUD COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, el suministro de personal que presta el servicio en el hospital, según los contratos de prestación de servicios allegados a la presente investigación estas empresas no tiene autorización para ejercer intermediación laboral; la cooperativa JAH SALUD IPS CTA, en la cual se está suministrando personal para prestar el servicio a la E.S.E, HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, para el desarrollo de las actividades misionales permanentes tales como [...]” (ver folio 2017 y reverso).

En tal sentido nótese que a través de la Resolución 0000480 del 12/05/2015, sí se valoraron las pruebas más contundentes y que para el caso en particular corresponden a los DIFERENTES CONTRATOS que suscribió la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, con las siguientes empresas: JAH SALUD IPS CTA, CORPORACIÓN DE MÉDICO ESPECIALISTAS CORMEDES, ADMINISTRACIÓN EN SALUD CTA, VYSALUD EN CASA SAS y la ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD DE SANTANDER SINTRASANDER, las dos últimas en calidad de integrantes de la UNIÓN TEMPORAL UT, bajo la figura de CONTRATOS DE TERCERIZACIÓN, Contratos estos que a la luz de la Legislación Colombiana no son procedentes, como se ha enunciado en el análisis de los diferentes recursos, en razón a que contravienen la esencia y/o el objeto social de la E.S.E., pues quienes operan en calidad de CONTRATISTAS no están habilitados jurídicamente para ejercer las actividades misionales de la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA.

Frente a los planteamientos del ÍTEM SEGUNDO, debemos precisar que en efecto en el acto administrativo recurrido se hicieron las precisiones a lugar con respecto a las transgresiones de la normatividad por parte de la E.S.E., las cuales se traen a colación:

“Por lo anterior podemos evidenciar que se está contratando las actividades misionales permanentes propias del Hospital tal como se evidencia en el objeto social de la entidad y como bien lo define el Decreto 2025 de 2011 en su Artículo 1 inciso 3 en los siguientes términos: Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien Q servicios característicos de la empresa” [...].

con respecto a las Empresas y/o Cooperativas E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, VYSALUD EN CASA S.A.S ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD DE SANTANDER -SINTRASANDER- (conforman la UNIÓN TEMPORAL UT), CORPORACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO DE MÉDICOS ESPECIALISTAS . CORMEDES, y COOPERATIVA JAH SALUD IPS CTA, ADMINISTRACIÓN EN SALUD COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO se sancionan por violación de las siguientes normas Ley 50 de 1990 artículos 95 y 96 y Ley 1429 de 2012 artículo 63 y el Decreto 2025 de 2011 [...]” (ver folio 2018 y reverso).

En igual sentido se debe precisar que no son de recibo para el despacho las aseveraciones de la recurrente en cuanto a que "en toda la providencia



recurrida no se expresó ni una sola valoración probatoria expresa para demostrar lo decidido en la parte resolutive del Acto Administrativo cuestionado", cuestionamiento totalmente contrario a la realidad, pues en el acto administrativo están consignadas las razones de la sanción las cuales corresponden a la suscripción de los contratos entre la E.S.E. y las empresas: JAHSALUD IPS CTA CORPORACIÓN DE MÉDICOS ESPECIALISTAS -CORMEDES, ADMINISTRACIÓN EN SALUD CTA VYSALUD EN CASA SAS Y la ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD DE SANTANDER SINTRASANDER, las dos últimas en calidad de integrantes de la UNIÓN TEMPORAL UT; bajo la figura de CONTRATOS DE TERCERIZACIÓN, aunado a lo anterior frente al análisis de las pruebas en los planteamientos del despacho respecto de ítem PRIMERO, ya se hicieron las precisiones y aclaraciones a lugar.

Por consiguiente, se reitera taxativamente que la figura de "tercerización, externalización, outsourcing, empleada por la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, contraviene legalmente lo establecido en la ley 50 de 1990 artículos 95 y 96 y Ley 1429 de 2010 artículo 63, toda vez que con su actuar se halla incurso en actividades de intermediación laboral ilegal, máxime cuando en esta instancia, no logró desvirtuar que el personal requerido a través de las empresas contratistas fue para el desarrollo de las actividades misionales permanentes, o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característico de la empresa.

En cuanto a los planteamientos de la recurrente frente al ÍTEM TERCERO TITULADO COMO DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO, en el cual se avizora que su sustento gira en torno al tema del ACUERDO DE FORMALIZACIÓN LABORAL, debemos precisar de manera general que en tanto no esté suscrito y/o formalizado dicho acuerdo conforme lo dispone la Ley 1610 de 2013 el Decreto 2025 de 2011; no es procedente darle aplicación, como tampoco se pueden otorgar los beneficios que referidas normativas otorgan.

Concatenado con lo anterior se trae a contexto lo dispuesto por la Ley 1610 de 2013 en su artículo 16 Numeral 2° [...]:

Por tanto, queda debidamente demostrado que, no habido ningún desconocimiento del debido proceso, en tanto que el **ACUERDO DE FORMALIZACIÓN LABORAL de la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, no ha sido SUSCRITO A LA FECHA**, por lo cual no se puede dar aplicación a los beneficios y/o prerrogativas para el caso en particular, conforme lo prevé el Ley 1610 de 2013 en su artículo 16 Numeral 2.°, y artículo 10 del Decreto 2025 de 2011.

A su paso el Decreto 2025 de 2011 en el artículo 10, señala [...]:

Respecto al argumento que "a la luz del Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero viabilizado la E.S.E. no contempló recursos que permitan ejecutar acciones de formalización del empleo, lo cual no significa que no las puedan implementar"; se debe hacer especial énfasis en que esta es una situación ajena al ente Ministerial y por tanto el hecho de no haber destinado los recursos para ejecutar las acciones del ACUERDO DE FORMALIZACIÓN LABORAL, tal actuar no exime a la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS



DE FLORIDABLANCA de la sanción impuesta por la INTERMEDIACIÓN LABORAL ILEGAL, además nótese que incluso en el mismo recurso se aduce que ello "no significa que no las puedan implementar ya que el PSFF puede ser ajustado", por tanto y si es del interés de la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, debe implementar los mecanismos y/o destinar los recursos necesarios a fin de que con ello logre suscribir el ACUERDO DE FORMALIZACIÓN LABORAL.

Así mismo se debe aclarar que la formalización en el sector público se debe adecuar a los parámetros legales correspondientes y en ningún momento el ente Ministerial ha pretendido desconocer las acciones que se hayan emprendido para tal propósito por parte de las E.S.E., tan solo que en el instructivo no obran pruebas contundentes de contrataciones directas, tanto antes de emitirse la Resolución impugnada como hasta la fecha, acorde a lo dispuesto en la Ley 1610 de 2013 y la Resolución 321 del mismo año, así como en el procedimiento interno de este Ministerio.

Es de tener presente que estos trámites están liderados al interior de esta Entidad por las Direcciones Territoriales, la Coordinación del Grupo de Investigaciones Especiales, la Dirección de IVC y el despacho del Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección, estas últimas tres dependencias del Nivel Central; motivo por el cual este despacho no resulta competente para atender lo pedido entorno a este particular.

Aquí es oportuno resaltar que tan cierto será que la contratación entre las investigadas no se ajusta plenamente a la normatividad considerada, que la misma Empresa Social del Estado, ha dado cuenta del referido proceso que ha emprendido para efectos de la formalización laboral, aunque no se vislumbra una pronta concretización de la misma, si se tiene en cuenta su manifestación en el sentido que "se encuentra en el Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero PSFF y en consecuencia", pide que "se estime en el proceso de Formalización Laboral el impacto fiscal y financiero conforme a lo establecido en el Parágrafo 2 del artículo 4 del Decreto 1376 de 2014" (folio 2246); habiéndose dado un margen de espera suficiente por parte de este Ministerio, como quiera que su objetivo primordial no es el de ser un mero sancionador.

Sin embargo, hay que señalar que no resulta fácilmente aceptable que una E.S.E. tenga que contratar con terceros, servicios tan esenciales para su normal operación, en tan elevada cantidad y por tanto tiempo, como son los de "RADIOLOGÍA, FARMACIA, FISIOTERAPIA, NUTRICIÓN, INSTRUMENTACIÓN QUIRÚRGICA, SOPORTE AL SERVICIO DE URGENCIAS [...]" (folio 2237).

Frente a las precisiones del recurso en el ÍTEM CUARTO - Desconocimiento del Principio Constitucional de la buena Fe y Presunción de Legalidad de los Actos Administrativos; en esta instancia procesal se enfatiza que en el acto administrativo recurrido se expusieron las razones de la sanción, por tanto en ningún momento ha habido desconocimiento de principios como el de la BUENA FE, PRESUNCIÓN DE LA LEGALIDAD, y DEBIDO PROCESO, así como tampoco ha habido indebida valoración de las pruebas que conlleve a emitir una decisión sin motivación o a la materialización de criterios radicales, conforme ya se ha esbozado en líneas superiores [...].



Aunado a lo anterior nótese que en su mayoría la contratación realizada entre la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, bajo la figura de CONTRATOS DE TERCERIZACIÓN [...] no es procedente a la luz de la legislación Colombiana, toda vez que este actuar conlleva es a una intermediación laboral indebida.

Respecto de las apreciaciones del recurso en el ÍTEM QUINTO. Frente al particular se debe precisar que en ningún momento las razones que dieron lugar a la imposición de la sanción a la E.S.E. estén MOTIVADAS EN MATERIA CONTRACTUAL, toda vez que como se puede observar tanto en la Resolución No. 000480 del 2015 como en el acto administrativo a través del cual se resolvieron los recurso de reposición invocados, se enfatizó que la presente investigación obedeció a la contratación que la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, ejecutó con las empresas CONTRATISTAS [...] a través de los cuales se avizó que el personal requerido a través de las empresas CONTRATISTAS, fue para el desarrollo de actividades misionales permanentes, o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característico de la E.S.E.; en ese orden de ideas no se puede confundir la investigación que se llevó a cabo por el ente Ministerial la cual corresponde al tema laboral por INTERMEDIACIÓN LABORAL, con aquellos principios o procedimientos respecto de la contratación como tal.

Aunado a lo anterior, se debe enunciar que el ente Ministerial ha obrado en la presente investigación conforme a las competencias que la Legislación Colombiana, le ha otorgado como ente de CONTROL Y VIGILANCIA, máxime cuando el ente Ministerial está facultado para vigilar y controlar el cumplimiento de las normas laborales y demás disposiciones que el gobierno e incluso el mismo Ministerio determine, por tanto en ningún momento se ha invadido la competencia de otras instituciones como la de la Superintendencia Nacional de Salud, Ministerio de Salud y de Protección Social, en tanto que a cada uno de los entes estatales les han sido otorgadas funciones y atribuciones específicas [...].

En lo que concierne a los argumentos enunciados por la recurrente en el ÍTEM SEXTO, respecto de las RAZONES DE LA SANCIÓN señaladas en el acto administrativo recurrido, se debe indicar al recurrente que la norma aplicable para tasar el monto de la sanción corresponde a lo señalado en el artículo 9 del Decreto 2025 que indica: [...]

Siendo así las cosas, se puede evidenciar dentro de la actuación que la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, contrató con COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO la realización de actividades misionales permanentes, tal como es el caso de la contratación con JAH SALUD IPS CTA, ADMINISTRACIÓN EN SALUD CTA, por consiguiente el monto de la sanción impuesta se mantiene, toda vez que de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 2025 de 2011, se sancionara con la multa allí establecida, tanto a las cooperativas de trabajo asociado como a los terceros contratantes, siendo este el caso de la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA.

Igualmente, se debe precisar en el presente proveído que dentro de las documentales obrantes en el expediente no se observó soporte alguno que



demonstrara que la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, contaba con la correspondiente AUTORIZACIÓN del Ministerio del Trabajo para ejercer actividades de INTERMEDIACIÓN LABORAL, conforme lo enuncian los artículos 95 y 96 de la Ley 50 de 1990 [...].

En mérito de lo anterior, LA DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER DEL MINISTERIO DEL TRABAJO,

RESUELVE

[...]

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus demás partes los artículos PRIMERO, TERCERO y QUINTO de la Resolución No. 000480 de fecha 12/05/2015, proferida por la Coordinación del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo de Santander, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

[...]" (Subrayado y negrita original del texto).

Problema jurídico

19. La Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado, con fundamento en la demanda, la contestación a la demanda, el recurso de apelación y las pruebas legal y válidamente aportadas al expediente, determinará:

19.1. Cuál era el régimen jurídico aplicable a la actuación administrativa objeto de cuestionamiento; establecido lo anterior,

19.2. Si en el presente asunto, por el hecho de haberse notificado el recurso de apelación interpuesto contra los actos administrativos acusados, transcurrido más de un año contado a partir de su debida y oportuna interposición, configuró la pérdida de competencia del Ministerio de Trabajo en los términos previstos en el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; en caso de que ello sea así;

19.3. Si era procedente que el *a quo* declarara la nulidad de los actos administrativos acusados; en consecuencia,



19.4. Si es procedente confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida, en primera instancia, el 18 de septiembre de 2018 por el Tribunal Administrativo de Santander.

Pronunciamientos jurisprudenciales sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración bajo los regímenes del Código Contencioso Administrativo y el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ausencia de protocolización del silencio administrativo positivo no impide declaratoria de nulidad por falta de competencia de los actos administrativos

20. Visto el artículo 38 del Decreto núm. 01 de 2 de enero de 1984²², sobre caducidad respecto de las sanciones, preveía que “[...] *Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas [...]*” (Destacado fuera de texto).

21. Visto el artículo 40 *ibidem*, sobre silencio administrativo indicaba que si transcurrido el plazo de 2 meses, contado desde la presentación de una solicitud, sin que se hubiera notificado la decisión por medio de la cual se resolviera, aquella se debía entender decidida de manera negativa; en la misma normativa se determinó que el silencio administrativo negativo implicaba que la autoridad administrativa perdía competencia para resolver la petición.

22. Vistos los artículos 41 y 42 *ibidem*, sobre silencio positivo y procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo; establecían, por una parte, que solamente en los casos expresamente señalados en la ley, la ausencia de respuesta de la administración equivalía a una decisión positiva; y, por la otra, que la persona beneficiaria del silencio administrativo positivo, debía protocolizar la constancia o copia autentica de que trataba el artículo 5.º *ibidem* junto con su

²² “[...] Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo [...]”.



declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término de ley.

23. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, atendiendo la existencia de una multiplicidad de interpretaciones jurídicas al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en torno a la interpretación y aplicación del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009²³ unificó su jurisprudencia sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración.

24. En la providencia citada *supra*, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sostuvo, en síntesis, que la tesis de recibo para interpretar el artículo 38 del Decreto núm. 01 de 1984 era aquella según la cual, “[...] **la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario [...]**”; lo anterior, partiendo de que la actuación administrativa y la vía gubernativa eran dos figuras autónomas regidas por procedimientos diferentes; es decir, siempre que se expediera y notificara el auto primigenio, por medio del cual se imponía la sanción, dentro del término previsto en la ley, sin tener en cuenta para ello la resolución de los recursos procedentes en la vía gubernativa, se debía entender que no operaba la caducidad de la facultad sancionatoria. Sobre el particular, se indicó:

*“[...] Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que **la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.***”

²³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 29 de septiembre de 2009. Expediente: 11001-03-15-000-2003-00442-01. C.P. Susana Buitrago Valencia.



Por su parte, **los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado.** Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, **define la investigación y expide el acto que impone la sanción.** La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa. Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria [...] (Destacado fuera de texto).

25. Ahora bien, como se aprecia del contenido del artículo 38 citado *supra*, en este no se reglamentó la caducidad de la facultad de la administración para decidir los recursos interpuestos dentro de la actuación administrativa como tampoco los efectos con ocasión del transcurso del tiempo sin su resolución, aspectos que sí se incluyeron en la Ley 1437 de 2011.



26. Visto el artículo 52 de la Ley 1437, sobre caducidad de la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas, señala que: i) salvo lo que se disponga en leyes especiales, la facultad de las autoridades para imponer sanciones caduca a los 3 años de ocurrido: el hecho, la conducta o la omisión censurable; y ii) el acto primigenio, esto es, aquel por el cual se impone la sanción, debe expedirse y notificarse dentro del plazo de 3 años; es decir, la disposición en este sentido guarda correspondencia con lo decidido por esta Corporación en la sentencia de 29 de septiembre de 2009.

27. No obstante lo anterior, el legislador en la norma citada *supra* y a diferencia del otrora Código Contencioso Administrativo, aclaró que el acto sancionatorio es distinto de aquellos por medio de los cuales se resuelven los recursos; en consecuencia, fijó un parámetro de caducidad respecto de la oportunidad para decidir los recursos y los efectos de esa caducidad, en el siguiente sentido: i) los recursos interpuestos contra el acto primigenio se deben decidir en el término máximo de un año contado a partir de su debida y oportuna interposición; ii) vencido el plazo de un año sin que los recursos se hayan resuelto, las autoridades administrativas perderán competencia para decidirlos; y iii) vencido el plazo de un año sin que los recursos se hayan resuelto, se deben entender decididos a favor de la parte que los interpuso.

28. Visto el artículo 84 de la Ley 1437, sobre silencio positivo establece que solamente en los casos que expresamente se prevea en leyes especiales el silencio administrativo equivale a decisión positiva.

29. Visto el artículo 85 de la Ley 1437, sobre procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo, determina:

[...] Artículo 85. Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo. La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto.



La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así.

Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico [...]” (Destacado fuera de texto).

29. Visto el artículo 86 de la Ley 1437, sobre silencio administrativo positivo en recursos, establece que salvo lo que se dispuso en el artículo 52 *ejusdem*, si transcurridos 2 meses contados desde la interposición de los recursos dentro de la actuación administrativa, sin que se haya notificado decisión expresa sobre aquellos, la decisión se deberá entender negativa.

30. Para esta Sala la nueva normativa, a diferencia de lo que disponía el Decreto núm. 01 de 1984, dejó claro varios aspectos: i) que el acto de la administración, por medio del cual se impone una sanción, es totalmente independiente de la actuación posterior; es decir, de los recursos interpuestos dentro de la actuación administrativa; ii) que los recursos administrativos, para su resolución, quedaron limitados en el tiempo; esto es, las autoridades están obligadas a resolver los recursos en el plazo máximo de un año; iii) vencido el plazo citado *supra* sin que el recurso se haya decidido, la autoridad, de pleno derecho, pierde competencia para emitir un pronunciamiento; y, iv) materializado el vencimiento del término de un año surge para el administrado el derecho a que el recurso que interpuso se resolvió de manera positiva; ahora bien, tratándose el artículo 52 de la regla general en materia de caducidad de la facultad sancionatoria, debe entenderse que únicamente será aplicable a aquellos procedimientos sancionatorios que no estén reglamentados de manera especial en otra ley.

31. Ahora bien, en este punto surge un problema a determinar: si la ausencia de protocolización del silencio administrativo positivo habilita a la autoridad administrativa para decidir los recursos por fuera del término previsto en la ley o si, por el contrario, se configura el vicio de falta de competencia como causal de nulidad de los actos administrativos.



31. La Sala, sobre el particular observa que la jurisprudencia al interior del Consejo de Estado ha sido uniforme, no solamente bajo la vigencia del Decreto núm. 01 de 1984, sino también bajo la normativa del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

32. La Sección Tercera del Consejo de Estado²⁴, en providencia de 20 de febrero de 1998, se refirió a la competencia de la administración para decidir expresamente los recursos una vez configurado el silencio administrativo positivo, en el siguiente sentido:

[...] 3. La incompetencia de la administración para decidir en forma expresa cuando se configura el silencio administrativo positivo.

*La figura jurídica del silencio administrativo busca que la administración pública resuelva las peticiones o solicitudes que en interés particular formulen los ciudadanos **dentro de los términos previstos en la ley en orden a garantizar el derecho constitucional fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, y en caso de que se deje vencer dicho plazo sin la notificación de una decisión expresa, darle al peticionario la oportunidad de acudir ante el juez si el silencio de la administración tiene efectos negativos, o de obtener lo solicitado, si ese silencio tiene efectos positivos.***

El silencio administrativo consagrado por el Código de Petróleos en el artículo 142 es de la segunda especie: Se tiene como aprobado por el Gobierno el traspaso de los derechos para la explotación de petróleo acordada entre el concesionario autorizado y un tercero, cuando el Ministerio no se pronunció en tiempo para negarla.

*La doctrina moderna del derecho administrativo **ha reiterado que el silencio administrativo positivo no es una decisión, sino que la ley le da los efectos de ésta, con el fin de evitar que los derechos de los administrados no sean objeto de burla o para prevenir arbitrariedades de la administración que omite decidir una petición.***

*Es la ley la que otorga efectos jurídicos positivos en los casos específicamente señalados por la misma, ante la abstención de la administración de resolver un recurso o una petición, que en tal caso el legislador ha previsto que debe entenderse favorable al administrado, **el cual adquiere un derecho que no puede ser desconocido sino en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 41 del CCA.***

Cuando hay pronunciamiento expreso de la administración pero tardío, se ha controvertido si ello era posible. La doctrina se ha inclinado por

²⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 1998. Expediente. 8993. C.P. Ricardo Hoyos Duque.



decir que no habría inconveniente **siempre que la resolución tardía fuese confirmatoria de lo obtenido por medio de la técnica del silencio administrativo.**

[...]

Frente a la ocurrencia del silencio administrativo positivo esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sostenido que **el simple transcurso del tiempo otorgado a la administración para decidir, la despoja de esa competencia y configura el presupuesto legal para tener por resuelto en favor del interesado el recurso correspondiente.** Al respecto la Sección 4ª en sentencia de julio 10 de 1975, señaló:

“... En el silencio positivo, el solo transcurso del plazo priva a la administración de toda competencia sobre ese asunto y no hay transferencia o traslado o apertura de competencia a otra agencia estatal para que se decida sobre el derecho. Tal decisión se la ha reservado la ley”.

En el silencio positivo, el pronunciamiento expreso de la administración después de vencido el término, se asemeja a un acto inexistente por carencia de competencia. Sobre el particular esta Corporación dijo en Auto de mayo 15 de 1975 de la Sala Plena Contenciosa:

“Cuando la voluntad del legislador suple definitiva e irrevocablemente la del organismo administrativo que no la expresó en tiempo oportuno, como en la hipótesis del silencio regulado por los artículos 36 de la ley 63 de 1967 y 9 de la ley 8 de 1970, los actos administrativos expedidos para expresar tardíamente ese querer del organismo son absolutamente inválidos por incompetencia de la administración para dictarlos y no puede generar, por ende, situaciones jurídicas de ninguna especie, ni siquiera en la apariencia normal, y esa nulidad radical de tales actos puede y debe ser declarada en cualquier tiempo, pues el mero transcurso del tiempo no convierte en existente lo que desde un principio era jurídicamente inexistente (...) En resumen si la administración, se pronuncia extemporáneamente es lo mismo que si no lo hubiera hecho y no hay necesidad de pedir que se declare nulo ese acto: basta con solicitar que se reconozca que el pronunciamiento administrativo fue extemporáneo y que por lo tanto sólo puede tener efectos de resolución tácita favorable.”

4. La existencia y los efectos del silencio administrativo no dependen de su formalización.

Advierte la Sala que la protocolización de la copia de la solicitud presentada a la administración a que hace referencia nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 42 del CCA, se ha entendido como un mero trámite encaminado a darle forma a la resolución tácita para que quien pretenda hacer valer sus consecuencias pueda acreditarlo, tarea que la ley le ha confiado al notario en lugar del juez; por tal razón no hay término de caducidad para pedir dicha verificación. En el silencio positivo esa declaración ya está hecha y sólo resta describirla y aplicar sus consecuencias, con mayor razón en nuestra legislación donde no existe la denuncia de la mora.



Los interesados efectuaron el trámite notarial previsto en el art. 42 del CCA para hacer valer el silencio administrativo positivo el 11 de noviembre de 1992, es decir, con posterioridad a la decisión expresa emitida por la administración mediante la cual se negó la autorización de la cesión del contrato de concesión.

Al respeto debe anotarse que de acuerdo con los cálculos que conforme a las prescripciones legales hace la Sala, el plazo máximo que tenía el Ministerio de Minas para pronunciarse con respecto a la solicitud del traspaso de la concesión petrolera presentada por las partes interesadas venció el 26 de agosto de 1992; no obstante el Ministerio se pronunció con la negativa de la cesión el 15 de octubre de 1992 a través de la resolución 120, la cual fue notificada a cada uno de los interesados los días 27 y 30 del mismo mes, respectivamente.

Como la administración no podía arrogarse la facultad de resolver en cualquier momento sino dentro de los límites temporales señalados en la ley, debe concluirse que las pretensiones del demandante tienen plena vocación de prosperidad, pues en la fecha en que la administración expidió los actos acusados ya había expirado el plazo para resolver la petición que se le formuló y operó en consecuencia a favor de éste el silencio administrativo positivo [...] (Destacado fuera de texto).

33. La Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de 10 de septiembre de 2009²⁵, al referirse a la configuración del silencio administrativo positivo, reglamentado especialmente en el artículo 734 del Estatuto Tributario, manifestó:

“[...] ha precisado la Sala que respecto de la operancia (sic) del silencio administrativo, que en materia tributaria tiene efectos positivos, como lo establece el artículo 734, éste surte efectos si la Administración no ha resuelto en el término de un año los recursos de reconsideración o reposición, a partir de su interposición en debida forma. Entendiéndose que el término se cuenta a partir del mismo día de su interposición, puesto que así lo establece claramente la norma. Por la misma razón, no es necesario acudir a criterios adicionales para reconocer cuándo se interpuso el recurso en debida forma, puesto que su interposición se surte ante la Administración, y en “debida forma” significa que el recurso acredite los requisitos previstos en la ley.

Así mismo se ha precisado el alcance de las expresiones “resolver” y “resuelto” que utilizan las normas transcritas, para señalar que la decisión a la que ellas se refieren, es la de “notificada legalmente”, dentro de la oportunidad prevista en los mismos ya que de otra manera no puede considerarse resuelto el recurso, como quiera que si el contribuyente no ha tenido conocimiento del acto administrativo, éste

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia de 10 de septiembre de 2009. Expediente con núm. único de radicado 85001233100020070003101. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.



no produce los efectos jurídicos correspondientes y por lo tanto, no puede tenerse como fallado el recurso presentado. Lo anterior porque los actos administrativos no surten efectos con su simple expedición, sino que se requiere de su notificación, la cual no es un requisito de legalidad del acto, pero sí de su aplicabilidad.

Como claramente se desprende tanto de los artículos 732 a 734 del Estatuto Tributario, como de los artículos 473 a 475 del Estatuto Municipal de Rentas de Tauramena, **el término de un (1) año para resolver los recursos de reconsideración es perentorio** y únicamente puede suspenderse con la práctica de una inspección tributaria.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que evidentemente, en el caso bajo análisis operó el silencio administrativo positivo alegado por la demandante, al haberse notificado la resolución que decidió el recurso gubernativo por fuera del término consagrado en el artículo 734 del Estatuto Tributario.

[...]

Teniendo en cuenta que el recurso de reconsideración fue presentado en debida forma el **viernes 21 de octubre de 2005**, y que la notificación por edicto se entiende surtida al vencimiento del término de fijación del edicto (art.323 C.P.C.), está claro, que la Resolución 000008 no fue notificada dentro del término de un (1) año consagrado en el artículo 732 del Estatuto Tributario, el cual vencía el día **lunes 23 de octubre de 2006** (día hábil), ya que el edicto se desfijó después de haber precluido dicho término, esto es el **lunes 18 de diciembre de 2006**.

De las pruebas obrantes en el expediente, la Sala puede establecer que los actos demandados y las actividades adelantadas con ocasión de la notificación de éstas demuestran que entre la fecha de interposición del recurso, **21 de octubre de 2005** y la expedición del acto que resolvió el recurso, **3 de noviembre de 2006**, **transcurrió más de un año**; y que cerca al vencimiento de dicho plazo la Administración expidió, el **11 de septiembre de 2006**, un auto de trámite que no fue notificado, por el cual se decretaron pruebas de oficio, que consistieron en requerimientos internos de información, a otras dependencias de la Alcaldía de Tauramena, y para diligenciarlos otorgó un plazo de treinta días, el mismo que según su criterio, prorrogó el previsto para desatar la impugnación de la sanción.

Así las cosas, quedó habilitada la sociedad demandante para impetrar ante la Administración se declarara el silencio administrativo positivo, como en efecto lo hizo con escrito radicado el 8 de noviembre de 2006²⁶ y ante la negativa de la autoridad fiscal plasmada en oficio de noviembre 14 de 2006,²⁷ procedió a solicitar ante la jurisdicción contenciosa, se concrete la favorabilidad que consagra la norma tributaria.

Es de recibo destacar que en ningún momento la Secretaría de Hacienda del Municipio de Tauramena desvirtuó los hechos y razones esgrimidos en la

²⁶ Folio 40 cuaderno principal

²⁷ Folio 43 cuaderno principal



demanda por la sociedad actora por cuanto, como vemos, no contestó la demanda, ni aportó pruebas que pudieran restarle valor a las presentadas por la parte actora o que en la apelación demostrara que el Tribunal se equivocó al apreciarlas en su fallo. El argumento de la demandada carece de todo sustento legal y fáctico, tal y como se aprecia de su escrito de alegatos presentados.

La excusa pretendida por la Administración no puede ser de recibo pues es la propia ley la que fija la situación en que cabe la suspensión del término para resolver, lo que reguló igualmente el Estatuto de Rentas Municipal en su artículo 474 al contemplar únicamente la práctica de una inspección tributaria como causal suficiente y en el caso que nos ocupa no ocurrió, por lo que le asiste razón a la parte actora para que le sea reconocido el silencio administrativo positivo en su favor y, por lo tanto, que no está obligada al pago de la sanción impuesta en los actos administrativos demandados.

*Por las consideraciones que anteceden, no está llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, la sentencia del Tribunal será confirmada, **declarando la nulidad de los actos administrativos acusados** y el silencio administrativo positivo, concretado en la exoneración de la sanción en ellos impuesta, relevándose la Sala del estudio de los demás cargos de apelación propuestos [...]” (Destacado fuera de texto).*

34. La Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de 18 de marzo de 2010²⁸, al referirse a la configuración del silencio administrativo positivo, regulado de manera especial para un asunto relacionado con la imposición de una sanción aduanera, expresó:

“[...] En cuanto a la configuración del silencio administrativo positivo el inciso 4° del artículo 519 del Decreto 2685 de 1999 señala que transcurrido el término de tres (3) meses, previsto para resolver el recurso de reconsideración sin que se haya notificado la decisión correspondiente, se entenderá fallado a favor del recurrente.

En el caso objeto de estudio se encuentra probado lo siguiente:

- *Copia de la Resolución 1921 de 1° de marzo de 2001, mediante la cual se impuso a la actora una sanción del 200% del valor de la mercancía, por no haberla puesto a disposición de la DIAN. (fl. 184 C.1)*
- *A vuelto del folio 97 consta que dicha resolución fue notificada por correo postal el 26 de marzo de 2001.*

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Expediente con núm. único de radicado 250002324000200101155-02. C.P. María Claudia Rojas Lasso.



- *Contra la Resolución 1921, la actora interpuso recurso de reconsideración el día 16 de abril de 2001 (fl. 97 C.1), el cual fue decidido mediante Resolución 5450 de 15 de junio de 2001 (fl. 126 C.1), la cual fue notificada por correo certificado el 20 de junio de 2001 (fl. 142 C.1 reverso).*

Es claro entonces que al haberse interpuesto el recurso de reconsideración el 16 de abril de 2001, la DIAN tenía plazo para resolverlo y notificarlo hasta el 16 de julio de 2001. Como quedó visto, la Resolución 5450 de 15 de junio de 2001 que decidió confirmando la resolución sancionatoria, se notificó por correo enviado el 20 de junio de 2001 y recibido por su destinatario en la misma fecha, esto es, dentro del término indicado por la ley para el efecto.

Por lo tanto, el argumento según el cual se configuró el silencio administrativo positivo a favor de la actora no tiene vocación de prosperidad [...]” (Destacado fuera de texto).

35. La Sección Cuarta de esta Corporación, en similar sentido al que se expuso *supra*, ha manifestado que el término de un año para resolver los recursos interpuestos dentro de una actuación administrativa debe comprender la notificación de aquellos dentro de dicho plazo porque lo contrario conllevará a la configuración del silencio administrativo positivo y la nulidad de los actos administrativos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por falta de competencia. En concreto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, ha manifestado lo siguiente:

*[...] 3.1.- De conformidad con el artículo 732 del E.T., la administración tributaria tiene un término de un año para **resolver** los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma.*

*Esta Sección²⁹ ha precisado que el término “resolver” al que se refiere la norma, comprende la **notificación** del respectivo acto administrativo, pues mientras el contribuyente no conozca la determinación de la administración, esta no produce efectos jurídicos y no puede considerarse resuelto el recurso.*

*[...] 3.2.- Tratándose de los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, **la sola notificación extemporánea de los mismos da lugar a su nulidad**, por expresa disposición del artículo 730-3 del Estatuto Tributario, que señala:*

[...]

²⁹ Ver Exp.; 19515 de Septiembre 12 de 2013, 17142 de octubre 21 de 2010, y 15532 de abril 12 de 2007.



Todo, con fundamento en la pérdida de competencia temporal de la administración para pronunciarse y liquidar o modificar el gravamen.

Tales actos –los notificados extemporáneamente- pueden ser objeto de una solicitud de declaratoria de ocurrencia del silencio administrativo positivo, o bien, ser demandados ante la jurisdicción contenciosa, con fundamento en la causal de nulidad del artículo 730-3 ib., en concordancia con el artículo 137 del CPACA, que consagra la expedición sin competencia, como causal de anulación.

Eso es así, porque aunque comparten una causa común (la pérdida de competencia temporal de la administración), se trata de vías independientes: con ocasión de la primera, se produce un acto nuevo, que puede o no, ser favorable a los intereses del recurrente, mientras que cuando se acude a la sede contenciosa, el juez declarará la nulidad de la decisión recurrida, con los efectos que esto genera; esto es, la firmeza de la declaración privada, la desaparición de la sanción, etc.

La ocurrencia del silencio administrativo positivo en este caso concreto, no impide que el contribuyente acuda a la jurisdicción contenciosa, porque se trata de una ficción que opera en su favor; luego, este tiene la opción de hacer uso o no de la misma. Por eso, se reitera, el ciudadano tiene la posibilidad de acudir a una u otra vía, elección que dependerá de sus intereses particulares [...]”³⁰ (destacado fuera de texto).

36. La Sección Cuarta del Consejo de Estado reiteró su posición jurisprudencial mediante providencia de 20 de septiembre de 2017³¹, mediante la cual expresó lo siguiente:

“[...] La Sala reitera que el artículo 732 del Estatuto Tributario establece que el término para resolver el recurso de reconsideración es de un año, contado a partir de su interposición en debida forma, pero que no basta que en ese plazo sea proferido el acto sino que es necesario que en ese mismo lapso se dé a conocer al interesado mediante la notificación, pues hasta que él no lo conozca no produce efectos jurídicos.

En cuanto la expresión “resolver” contenida en este artículo, la jurisprudencia ha precisado que la decisión a la que se refiere la Ley, es la “notificada legalmente”, vale decir, dentro de la oportunidad legal, ya que de otra manera no puede considerarse resuelto el recurso, como quiera que si el contribuyente no ha tenido conocimiento del acto

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Sentencia de 26 de mayo de 2016. Expediente con núm. único de radicado 13001233300020130001601. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Sentencia de 20 de septiembre de 2017. Expediente con núm. único de radicado 15001233300020130003501. C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.



administrativo, este no produce los efectos jurídicos correspondientes y, por tanto, no puede tenerse como fallado el recurso presentado.

Además, la Sala, en oportunidad anterior, precisó que el plazo de “un año”, previsto en el artículo 732 del E.T. es un término preclusivo, porque el artículo 734 del E.T. establece que se configura el silencio administrativo positivo ante su incumplimiento. Al ser un término preclusivo, se entiende que al vencimiento del mismo, la Administración pierde competencia para manifestar su voluntad y, en ese orden, el acto deviene en nulo [...]” (Destacado fuera de texto).

37. La Sección citada *supra*, en providencia de 10 de octubre de 2018³² se pronunció sobre el silencio administrativo positivo, su configuración y la pérdida de competencia de la administración para decidir en materia del régimen aduanero, de la siguiente manera:

[...] 2.2.2. Sin embargo, la Sala ha precisado que el plazo de 30 días dispuesto para la formulación del requerimiento aduanero, no es preclusivo, toda vez que respecto de su inobservancia el legislador no previó ninguna consecuencia.

En efecto, si bien ese término es obligatorio para la Administración, su incumplimiento no invalida la decisión, porque no existe disposición alguna que establezca que la pretermisión de dicho plazo da lugar a la pérdida de competencia de la DIAN para continuar con el procedimiento sancionatorio por infracción a la legislación aduanera, e imponer la sanción correspondiente.

Y, ello es así porque el artículo 519 del Estatuto Aduanero, norma que regula el incumplimiento de los términos en el procedimiento aduanero, solo establece el silencio administrativo positivo, sobre aquellos plazos fijados para decidir de fondo, esto es, sobre la situación jurídica de la mercancía aprehendida, la imposición de la sanción, la formulación de la liquidación oficial o el archivo del expediente, y el relativo a la resolución del recurso de reconsideración.

2.3. Por eso, debe concluirse que la extemporaneidad para proferir el acto de trámite, como es el requerimiento aduanero, no produce ningún efecto sobre la competencia de la autoridad aduanera ni la validez de la actuación administrativa, como tampoco configura el silencio administrativo positivo, como lo sostiene el apelante (Destacado original del Texto).

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Sentencia de 10 de octubre de 2018. Expediente con núm. único de radicado 05001233300020140017801. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



2.4. En consecuencia, la extemporaneidad del requerimiento aduanero no implica la nulidad de las actuaciones posteriores al mismo y, en tal sentido, no prospera el cargo para el demandante [...]” (Destacado fuera de texto).

38. La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 7 de octubre de 2021³³, refiriéndose al silencio administrativo positivo regulado en el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, manifestó:

[...] la Sala considera necesario señalar que, de conformidad con el recuento probatorio realizado en precedencia, se advierte que el 9 de febrero de 2016, la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado (IBAL) S.A. E.S.P. interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución 5550 del 21 de diciembre de 2015, notificada por aviso el 26 de enero de 2016. De manera que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, los recursos fueron presentados en forma oportuna.

Así pues, a la luz de lo previsto en el artículo 52 ibidem, el Ministerio del Trabajo tenía hasta el 9 de febrero de 2017 para resolverlos, no obstante, la apelación fue decidida por fuera del lapso señalado, esto fue, el 27 de febrero de 2017. Al respecto resulta necesario recordar que la aludida norma es clara al indicar que el acto sancionatorio es diferente de aquellos que resuelven los recursos, y que estos 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.

Lo anterior no permite asomo de duda al concluir que el término establecido debe ser contabilizado desde el momento en que el recurrente haya presentado el recurso. De esta manera, considera la Sala que el argumento planteado en la apelación de la sentencia no tiene vocación de prosperidad, pues no puede establecerse a favor de la administración y en contra del investigado una regla no prevista por la norma según la cual, los términos corren en forma común a todos los recurrentes.

En efecto, la interposición del recurso es un acto reservado al usuario de la administración, que emana del ejercicio de la voluntad de quien funge como investigado en un proceso sancionatorio y que deja a su arbitrio la formulación o no de un recurso; de manera que se trata de un acto individual y que produce efectos única y exclusivamente a aquel que presentó el recurso. Ello implica, además, que la decisión que profiera la administración sobre los argumentos expuestos en la apelación, afecten a quien la presenta y no a otro.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Sentencia de 7 de octubre de 2021. Expediente con núm. único de radicado 73001233300020170050801 (AC). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.



Bajo tal línea argumentativa, si bien mediante la Resolución 5550 del 21 de diciembre de 2015, el Ministerio del Trabajo sancionó con 1000 SMLMV a la demandante y con 500 SMLMV a la Unión Temporal de Servicios Comerciales, el término previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 debe contabilizarse en forma individual a partir de la interposición del recurso formulado por cada investigado, pues no de otra manera puede entenderse la aludida norma cuando refiere que el año para resolver el recurso se cuenta «a partir de su debida y oportuna interposición», como se ve, **no establece un término común, ni posibilidad de suspensión del término, ni excepción alguna a la regla** (Destacado original del texto).

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional en la aludida Sentencia C-875 de 2011, estableció una excepción cuando medien circunstancias particulares como la fuerza mayor o el caso fortuito, que justifiquen la mora en la resolución del recurso, pues entendió que «al ente competente le basta analizar la solicitud contenida en el recurso y sopesarla con el acto que impone la sanción y el expediente administrativo, es decir, no requiere de investigaciones exhaustivas ni agotar procedimientos que permitan afirmar que no es posible tomar una decisión en tiempo».

En el caso bajo estudio, no se advierte ni fue alegado por el Ministerio, la ocurrencia de una circunstancia tal que implicara a esta Sala considerar que la entidad se encontraba en una situación de fuerza mayor o caso fortuito que justificara la prolongación de la decisión más allá del lapso establecido en la norma, lo que podría ocurrir, por ejemplo, con la práctica de nuevas pruebas que exija suspender el referido plazo. Sin embargo, de la lectura de los actos acusados y del escrito de defensa de la entidad demandada no se infiere que se haya presentado etapa probatoria con posterioridad a la decisión contenida en la Resolución 5550 del 21 de diciembre de 2015.

Bajo tal panorama, **la consecuencia inevitable es que el Ministerio del Trabajo perdió competencia para pronunciarse, lo que afectó el presupuesto de validez de la decisión contenida en la Resolución 0672 del 27 de febrero de 2017** y, como corolario se produjo un silencio administrativo que, en este caso, al tenor de lo dispuesto en el pluricitado artículo **es positivo**, en tanto prevé que «si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados **a favor del recurrente**».

Valga recordar que tal y como lo señaló la Corte Constitucional, la preeminencia de los derechos fundamentales en el marco de un Estado Social de Derecho exige de la administración que sus actuaciones sean céleres y oportunas para garantizar así la vigencia de un orden justo, por lo que una forma de lograr ese cometido es a través del establecimiento de **plazos precisos y de obligatoria observancia** dentro de los cuales la administración debe desplegar su actuación, so pena de aplicar las consecuencias adversas allí contenidas. Uno de esos efectos, es la configuración del silencio administrativo positivo, como en el sub iudice, «en donde la administración pierde la competencia para resolver el recurso interpuesto y el ciudadano que ha recurrido la decisión sancionatoria **queda exonerado de la responsabilidad administrativa**. En últimas, es un apremio para la administración negligente» (Destacado original del texto).



Por tal motivo, la configuración del silencio administrativo positivo es el resultado del deber del Estado de adoptar, en lapsos prudenciales y razonables, una decisión que ponga fin a la actuación de carácter sancionatoria, cuando, como en este caso, no median circunstancias excepcionales que justifiquen la tardanza de la administración.

Bajo tales premisas, **la Sala debe señalar que la configuración del silencio opera por virtud de la ley, de manera que, contrario a lo señalado por el recurrente, el investigado no debe protocolizar el acto para que pueda beneficiarse de sus efectos. En tal sentido conceptuó la Sala de Consulta y Servicio Civil, al señalar que «el requisito de protocolización no es de carácter esencial para que tenga ocurrencia el silencio administrativo positivo, ya que este opera de jure, es decir, que al vencimiento del término que se señale en la norma, sin que se hubiere proferido y notificado decisión alguna, surge el acto presunto, lo que significa que no es necesario que lo invoque el interesado para que se deba tener como decidido el asunto a su favor».**

[...]

De la lectura de la norma transcrita se advierte que el procedimiento establecido allí permite hacer exigible la decisión ficta ante las autoridades y terceros, de forma que «la escritura pública que contiene la protocolización constituye un mero trámite y un medio probatorio para quien pretenda hacer valer sus consecuencias» esto es, se constituye en una herramienta de la que puede hacer uso para reclamar el derecho que corresponda, **pero en forma alguna es un requisito previo y necesario para que el juez declare la vigencia del derecho que la decisión presunta contiene, que, como se ha señalado, para este caso implica atender favorablemente los argumentos del recurso respecto del cual el Ministerio ha perdido competencia.**

En efecto, el contenido del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, permite evidenciar que la omisión de la administración en dar respuesta a los recursos produce tal impacto que nace a la vida jurídica un acto ficto por el cual se entienden resueltas en forma favorable las pretensiones del recurrente, por virtud de la ley, y el investigado puede beneficiarse de la mora de la administración, sin que se exija actuación posterior tendiente a invocarlo o hacerlo oponible a terceros.

En tal sentido, resta señalar que el propósito del recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por la empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado el 9 de febrero de 2016, era que se revocara la decisión contenida en la Resolución 5550 del 21 de diciembre de 2015, y, en su lugar, se abstuviera de imponer multa porque, a su juicio, no se logró demostrar que la investigada hubiere incurrido en prácticas de tercerización laboral ilegal.

Por lo tanto, comoquiera que el acto por medio del cual se resolvió el recurso de apelación está viciado de nulidad por incompetencia de la autoridad que lo profirió y que la consecuencia establecida en la norma es una decisión ficta favorable a las pretensiones del recurrente, la Sala encuentra necesario confirmar la sentencia proferida por el a quo, en tanto,



entendió «revocadas en sus efectos» las decisiones contenidas en las Resoluciones 5550 del 21 de diciembre de 2015, por la cual fue sancionada la demandante y 1347 del 22 de abril de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición [...]» (Destacado fuera de texto).

39. Esta Sala, atendiendo la reglamentación establecida en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 y los pronunciamientos jurisprudenciales uniformes que en relación con el efecto que tiene la configuración del silencio administrativo positivo sobre la competencia de las autoridades para pronunciarse expresamente sobre un determinado asunto, que no es otro que la pérdida de esa competencia; considera que siempre que las autoridades administrativas, decidan o notifiquen el acto, por medio del cual resuelven los recursos interpuestos dentro de la actuación administrativa, por fuera del plazo de un año establecido en la disposición citada *supra*, se materializará en dicho acto el vicio de pérdida de competencia que, sin atención a que se haya o no protocolizado el silencio administrativo positivo, conllevará a la nulidad del acto demandado; lo anterior, salvo que en el ordenamiento jurídico se hayan previsto de manera especial plazos y efectos distintos a los que de manera general, para asuntos sancionatorios, regula el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Marco normativo sobre el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la Ley 1437 de 2011 y la notificación de los actos administrativos

40. Visto el artículo 63 de la Ley 1429 de 29 de diciembre de 2010³⁴, sobre contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado, vigente para la época de los hechos, respecto de la competencia de la parte demandada para imponer sanción de multa a los infractores de la ley citada *supra*, señalaba:

*“[...] El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, **impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que***

³⁴ “[...] Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo [...]”.



incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave [...]” (Destacado fuera de texto).

41. Visto el artículo 4° del Decreto núm. 2025 de 8 de junio de 2011³⁵, vigente para la época de los hechos, determinaba:

*“[...] **Artículo 4°.** Cuando se establezca que una Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado ha incurrido en intermediación laboral, o en una o más de las conductas descritas en el artículo anterior, **se impondrán sanciones consistentes en multas hasta de cinco mil (5.000) smlmv, a través de las Direcciones Territoriales del Ministerio de la Protección Social, de conformidad con lo previsto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.***

Además de las sanciones anteriores, las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado que incurran en estas prácticas quedarán incurso en causal de disolución y liquidación. La Superintendencia de la Economía Solidaria y las demás Superintendencias, para el caso de las cooperativas especializadas, cancelarán la personería jurídica.

Al tercero que contrate con una Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado que incurra en intermediación laboral o que esté involucrado en una o más de las conductas descritas en el artículo anterior o que contrate procesos o actividades misionales permanentes, se le impondrá una multa hasta de cinco mil (5.000) smlmv, a través de las Direcciones Territoriales del Ministerio de la Protección Social. Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 4 del artículo 7° de la Ley 1233 de 2008, con base en el cual el inspector de trabajo reconocerá el contrato de trabajo realidad entre el tercero contratante y los trabajadores [...]” (Destacado fuera de texto).

42. Visto el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, sobre procedimiento administrativo sancionatorio, establece lo siguiente:

*“[...] **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

³⁵ “[...] Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 [...]”.



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 serían 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 [...]” (Destacado fuera de texto).*

43. Visto el artículo 49 *ibidem*, sobre contenido de la decisión, prevé lo siguiente:

“[...] Artículo 49. Contenido de la decisión. El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos.

El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener:

- 1. La individualización de la persona natural ó jurídica a sancionar.*
- 2. El análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción.*
- 3. Las normas infringidas con los hechos probados.*
- 4. La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación [...]” (Destacado fuera de texto).*

44. Visto el artículo 50 *ibidem*, sobre graduación de las sanciones, determina que salvo lo que se disponga en leyes especiales, la gravedad de las sanciones y el rigor de aquellas por infracciones administrativas, se deberán graduar atendiendo los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

- “[...] 1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.*
- 2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*



3. *Reincidencia en la comisión de la infracción.*
4. *Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.*
5. *Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.*
6. *Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.*
7. *Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.*
8. *Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas [...]” (Destacado fuera de texto).*

45. Visto el artículo 52 *ibidem*, sobre caducidad de la facultad sancionatoria, señala lo siguiente:

[...] 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 [...]” (Destacado fuera de texto).

46. Visto el artículo 66 *ibidem*, sobre el deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto, prevé que aquellos se deben notificar en los precisos términos establecidos en los artículos 67 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



47. Visto los artículos 67 y 68 *ibidem*, sobre notificación personal y citaciones para notificación personal, señalan lo siguiente:

“[...] Artículo 67. Notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.

Artículo 68. Citaciones para notificación personal. *Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.*

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días [...]”.

48. Visto el artículo 72 *ibidem*, sobre falta o irregularidades de las notificaciones y notificación por conducta concluyente; es diáfano en indicar que: *“[...] Sin el*



llo de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, **ni producirá efectos legales la decisión**, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales [...]” (Destacado fuera de texto).

49. Visto el artículo 74 *ibidem*, las contralorías municipales pueden ejercer control posterior, y de manera excepcional, sobre las cuentas de la entidad territorial a la que pertenezcan, a “[...] *solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establezca la Ley [...]*”.

50. Visto el artículo 74 *ibidem*, sobre recursos contra los actos administrativos, determina que:

“[...] Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

- 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.*
- 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.*

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

- 3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.*

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso [...]”.

51. Visto el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, sobre trámite de los recursos y pruebas, destaca que:

“[...] Artículo 79. Trámite de los recursos y pruebas. Los recursos se tramitarán en el efecto suspensivo.



Los recursos de reposición y de apelación **deberán resolverse de plano**, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

Cuando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco (5) días.

Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término no mayor de treinta (30) días. Los términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días.

En el acto que decreta la práctica de pruebas se indicará el día en que vence el término probatorio [...]” (Destacado fuera de texto).

52. Vistos los artículos 84 y 85 *ibidem*, sobre silencio administrativo positivo y sobre procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo; establecen lo siguiente:

[...] Artículo 84. Silencio positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código [...]” (Destacado fuera de texto).

[...] Artículo 85. Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo. La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada **de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto.**

La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así.

Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico [...]” (Destacado fuera de texto).

53. Visto el artículo 86 *ibidem*, sobre el silencio administrativo en los recursos interpuestos en el curso de una actuación administrativa; dispone:



[...] Artículo 86. Silencio administrativo en recursos. Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.

El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas.

La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...] (Destacado fuera de texto).

Acervo probatorio

54. La Sala procederá a apreciar y valorar, en conjunto, las pruebas aportadas por las partes, de conformidad con las reglas de la sana crítica en los términos del artículo 187³⁶ del Código de Procedimiento Civil; en concordancia con el artículo 176³⁷ del Código General del Proceso, aplicando para ello las reglas de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, en relación con el problema jurídico planteado en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en los siguientes términos:

Pruebas documentales

54.1. Copia en 1 CD-ROM aportado por el Ministerio de Trabajo³⁸; en el que al parecer se encuentra la totalidad del expediente administrativo dentro del cual se

³⁶ “[...] **ARTÍCULO 187. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos [...]”.

³⁷ “[...] **ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba [...]”.

³⁸ Folios 291 del cuaderno núm. 1 del expediente.



emitieron los actos administrativos acusados; sin embargo, éste no está en condiciones para ser revisado por encontrarse fracturado en dos partes.

54.2. Copia de la notificación personal expedida el 23 de junio de 2016 por el Ministerio de Trabajo³⁹, en la que se hace constar, lo siguiente:

*“[...] En la fecha señalada, el suscrito funcionario notifica personalmente el contenido de la RESOLUCIÓN 00818 del 10 DE JUNIO DE 2016, al doctor **RAÚL DANIEL VILLAMIL GARCÍA** identificado con cédula de ciudadanía [...], **REPRESENTANTE LEGAL E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA**, advirtiéndole que contra este acto administrativo no procede ningún recurso quedando agotada la vía gubernativa.*

La presente notificación se efectúa por correo electrónico, de conformidad con el Artículo 67 numeral 1.º de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 [...]”.

54.3. Copia de correo electrónico con fecha 23 de junio de 2016⁴⁰, remitido a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, por medio del cual el Ministerio de Trabajo notificó el contenido de la Resolución núm. 00818 de 10 de junio de 2016.

Solución del caso concreto

55. Visto el marco normativo en la parte considerativa de esta sentencia y el problema jurídico planteado en esta providencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio para, posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

Régimen jurídico aplicable a la actuación administrativa

56. La Sala atendiendo a que, por un lado, la parte demandada en los antecedentes de los actos administrativos acusados señaló que: i) el 11 de junio de 2012 la Subcomisión Departamental de Santander puso en conocimiento la existencia de una presunta intermediación laboral al interior del Hospital San Juan

³⁹ Folio 24 del cuaderno núm. 1 del expediente.

⁴⁰ Folio 25 del cuaderno núm. 1 del expediente.



de Dios de Floridablanca; y ii) la Defensoría del Pueblo, mediante el oficio núm. 7439 de 30 de octubre de 2012, solicitó la intervención al hospital citado *supra* porque presuntamente no le pagaba los salarios a sus empleados; y, por el otro, que de conformidad con el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, sobre régimen de transición y vigencia, determina que: i) esa normativa sólo se aplicará a los procedimientos y actuaciones administrativas que inicien con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, lo que sucedió el 2 de julio de 2012; y ii) que los procesos y actuaciones administrativas seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior⁴¹; considera necesario determinar bajo la vigencia de qué normativa - CPACA o CCA - se inició la actuación administrativa acusada, con el fin de dar solución al problema jurídico planteado.

57. Visto el numeral 16 del artículo 30 del Decreto núm. 4108 de 2 de noviembre de 2011⁴², sobre funciones de las direcciones territoriales, a las direcciones territoriales del Ministerio de Trabajo les corresponde adelantar “[...] *las investigaciones administrativo-laborales e imponer las sanciones previstas en materia de incumplimiento a las disposiciones legales sobre intermediación laboral, Sistema General de Riesgos Profesionales, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes [...]*” (Destacado fuera de texto).

58. Visto el Manual del Inspector de Trabajo⁴³, Título Tercero, sobre investigación administrativa, señala que se “[...] *requiere de un procedimiento especial para atender las relaciones de la Administración Pública con empleadores, trabajadores y organizaciones sindicales, lo que implica la adopción de un modelo general a unas circunstancias específicas que demandan respuesta inmediata por el interés que se pretende proteger [...]*”; prevé, además, que la

⁴¹ Entiéndase Decreto 01 de 2 de enero de 1984, “[...] Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo [...]”.

⁴² “[...] Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo [...]”.

⁴³ Norma vigente para la fecha en que la Defensoría del Pueblo presentó las solicitudes de visita e intervención.



actuación laboral administrativa se “[...] **refiere a los actos y actuaciones de los funcionarios** [...]” (Destacado fuera de texto).

59. Visto el título citado *supra*, sobre procedimiento, determina que aquel está integrado por cinco etapas: i) investigativa; ii) formación del expediente; iii) probatoria; iv) decisoria; y v) “[...] *la vía gubernativa* [...]”.

60. El manual sobre la etapa investigativa indica que las “[...] *investigaciones administrativas laborales podrán iniciarse* [...]”: i) en ejercicio del derecho de petición en interés general; ii) en ejercicio del derecho de petición en interés particular; iii) en cumplimiento de una obligación o deber legal; y iv) oficiosamente⁴⁴.

61. El manual sobre la formación de expedientes señala que una vez el funcionario competente reciba la documentación que contiene la queja, “[...] **la primera actuación será dictar el Auto a través del cual avoca el conocimiento, el que debe notificarse a las partes** [...]”; además, determina que la finalidad del auto que avoca conocimiento es “[...] *comunicar a los interesados la apertura de la investigación administrativa* [...]”; en consecuencia, establece un modelo de auto en el que el funcionario debe señalar, entre otras circunstancias, que “[...] *avoca el conocimiento e inicia la correspondiente investigación administrativa* [...]” (Destacado fuera de texto).

62. La Sala, atendiendo la normativa expuesta *supra*, observa las siguientes situaciones expuestas en los actos administrativos acusados, las cuales no fueron objeto de controversia por las partes demandante y demandada:

i) El 11 de junio de 2012, la Subcomisión Departamental de la Defensoría del Pueblo puso en conocimiento de la parte demandada la existencia de una presunta intermediación laboral y atraso en el pago de salarios en el Hospital San

⁴⁴ Cfr. Artículos 4.º del Decreto 01 de 1984 y Ley 1437 de 2011.



Juan de Dios de Floridablanca; en consecuencia, solicitó realizar una visita al hospital, la cual se llevó a cabo el 4 de julio de 2012.

ii) La Defensoría del Pueblo, mediante el oficio núm. 7439 de 30 de octubre de 2012, solicitó intervenir el Hospital San Juan de Dios de Floridablanca por el presunto no pago de los salarios a sus empleados.

iii) Mediante el Auto núm. 14368-1663 de 31 de octubre de 2012 la parte demandada ordenó iniciar “[...] **AVERIGUACIÓN** [...]” contra el Hospital San Juan de Dios de Floridablanca; en consecuencia, “[...] *mediante comunicación **14368-2813 del 22/11/12, dirigida al Representante Legal de la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE FLORIDABLANCA, se le comunicó que mediante AUTO 14368-1712 del 21/11/2012, se AVOCÓ CONOCIMIENTO de las averiguaciones [...]***” (Destacado fuera de texto).

iv) El 28 de enero de 2013 “[...] *se practicó INSPECCIÓN OCULAR al Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, de conformidad con el **AUTO 14368-076 del 25-01-2013 [...]***” (Destacado fuera de texto).

v) Atendiendo la existencia de diferentes quejas la parte demandada, mediante el “[...] *AUTO 14368-0208 de fecha **25-02-2013 [...]** estimó procedente **ACUMULAR** el radicado 8381 de fecha 10/12/2012, **a las diligencias adelantadas al Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, dentro del expediente 14368-42.02-0591 de fecha 31-10-2012 [...]***” (Destacado fuera de texto).

vi) La parte demandada, dentro de los actos administrativos acusados realizó la siguiente la aclaración⁴⁵:

“[...] Se debe aclarar que el expediente bajo estudio inició en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por tanto el mismo fue tramitado con sujeción y respeto a dicho procedimiento y no bajo el Código Contencioso Administrativo –

⁴⁵ Cfr. Folios 170 y 171 del cuaderno núm. 1 del expediente.



Decreto 01 de 1984, conforme lo prevé el artículo 308 de la citada Ley [...] (Destacado fuera de texto).

63. La Sala, atendiendo las precisiones realizadas *supra*, concluye que existen unas reglas especiales para adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio por intermediación laboral; dentro de ellas, la que establece que la primera actuación de la administración, cuando reciba una queja, “[...] **será dictar el Auto a través del cual avoca el conocimiento [...]**”; acto administrativo que tiene un fin determinante: “[...] **comunicar a los interesados la apertura de la investigación administrativa [...]**”; es decir, resulta incuestionable que en esta precisa materia, el auto por medio del cual se avoca conocimiento es el que da inicio a la actuación administrativa.

64. La Sala, en el *sub examine* observa que, por un lado, el expediente administrativo contra el Hospital San Juan de Dios de Floridablanca se abrió el 31 de octubre de 2012; y, por el otro, que la parte demandada avocó conocimiento por medio del auto núm. 14368-1712 de 21 de noviembre de 2012; es decir, tanto el expediente administrativo, como el acto que se estableció para comunicar el inicio o apertura de la investigación administrativa, se emitieron una vez entró en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo que acaeció el 2 de julio de 2012 en los términos previstos en el artículo 308 *ibidem*, sobre régimen de transición y vigencia, según el cual, el “[...] **presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012 [...]**”.

65. Para esta Sala, las circunstancias descritas dan asidero a la aclaración que la parte demandada realizó dentro de los actos acusados en cuanto a que “[...] **el expediente bajo estudio inició en vigencia de la Ley 1437 de 2011 [...] y no bajo el Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984, conforme lo prevé el artículo 308 de la citada Ley [...]**”; es decir, para la Sala no hay cuestionamiento respecto a que, no obstante que la Defensoría del Pueblo, en junio de 2012, pidió a la parte demandada realizar una visita a las instalaciones de la parte demandante para que se determinara la existencia de



una irregularidades con sus trabajadores, lo cierto es que también en octubre de 2012 pidió que se interviniera el Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, lo que dio lugar a que se expidiera el auto mediante el cual se avocó conocimiento y se dio inicio a la actuación administrativa.

66. Esta Sala, en consecuencia, concluye que como lo determinó la parte demandada, el régimen jurídico aplicable a la actuación administrativa era el previsto en la Ley 1437 de 2011.

Caso concreto

67. Esta Sala, habiéndose determinado que el régimen jurídico aplicable a la actuación administrativa era el establecido en la Ley 1437 de 2011, empieza por indicar que la parte demandada, en el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia, sostiene que el *a quo* desconoció que, para que el silencio administrativo positivo tenga efectos, la parte beneficiaria con aquel, primero debe adelantar el trámite previsto en el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011; entre ellos: protocolizar la constancia o copia de que trata el artículo 15 de la ley 1437 de 2011 junto con una declaración jurada de que la decisión administrativa **no le fue notificada dentro del término previsto en la ley**.

68. Sostuvo que el numeral 5.º del artículo 87 *ibidem*, indica que los actos administrativos solamente quedan en firme el día siguiente al de la protocolización; en consecuencia, como la parte demandante no adelantó el trámite previsto en la ley, no es posible afirmar que nació un acto ficto positivo por el hecho de que el Ministerio de Trabajo no resolvió oportunamente los recursos que se interpusieron contra la Resolución núm. 480 del 12 de mayo de 2015; en consecuencia, tampoco era válido que prosperara la demanda.

69. Aceptó que el Consejo de Estado, en providencia de 12 de mayo de 2010, se refirió a los aspectos relevantes a tener en consideración en relación con la configuración y los efectos del silencio administrativo positivo; no obstante, aclaró que ese pronunciamiento tuvo lugar al amparo del Decreto núm. 01 de 1984 y no



de la Ley 1437 de 2011, donde se prevé que la firmeza del acto ficto, producto del silencio administrativo positivo, tendrá lugar “[...] desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 [...]”; de manera que, aunque el acto ficto producto del silencio administrativo positivo sí nació porque el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución núm. 480 del 12 de mayo de 2015, no se resolvió oportunamente, aquel no adquirió firmeza por ausencia de protocolización; en consecuencia, no es válido afirmar que el Ministerio del Trabajo perdió competencia para decidir los recursos dentro de la actuación administrativa.

70. Indicó que, al acudir a la naturaleza misma del silencio administrativo positivo, se puede entender que el hecho de no notificar, dentro del término previsto en la ley, el acto por el cual se resuelve un recurso en el campo de la facultad sancionatoria de la administración, dentro del tiempo que la ley establece, no configura la pérdida de competencia para decidirlo.

71. Expresó, en relación con la condena en costas, que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de junio 13 de 2016, proferida dentro del expediente con número de radicado 050012331000200600111-01; expresó que dentro de las conductas que se consideran reprochables y capaces de producir una condena que obliguen a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial se encuentran, las siguientes: i) demanda u oposición temeraria, porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable; ii) injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas; y iii) interposición de recursos con un interés meramente dilatorio; de manera que, el hecho de que la sentencia de primer grado resulte adversa a los intereses de alguno de los extremos procesales en modo alguno implica un ejercicio desmedido del derecho o un uso caprichoso del aparato jurisdiccional.

72. Destacó, con sustento en lo anterior, que el Ministerio de Trabajo no incurrió en ninguno de los supuestos señalados, motivo por el cual solicitó absolver a la parte demandada de la condena en costas.



73. La Sala, con el objetivo de resolver los argumentos de la apelación, empieza por indicar que, en el asunto bajo estudio, es diáfano que el procedimiento administrativo que adelantó la parte demandada fue el previsto en el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; es decir, un procedimiento administrativo sancionatorio que finalizó mediante la expedición de un acto de carácter particular y concreto adverso a los intereses de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, Santander.

74. El procedimiento administrativo citado *supra* determina que los procedimientos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único, siempre se sujetaran a las disposiciones de la parte primera de la Ley 1437 de 2011.

75. Garantizado el debido proceso previsto en la ley, el funcionario competente deberá expedir el acto administrativo por medio del cual impone o no la sanción, la cual se graduará atendiendo la gravedad de la falta de acuerdo a los siguientes criterios: i) daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados; ii) beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero; iii) reincidencia en la comisión de la infracción; iv) resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión; v) utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos; vi) grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes; vii) renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente; y viii) reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.

76. Por regla general y de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, contra los actos de carácter particular y concreto proceden los recursos de reposición, apelación y queja; ahora bien, conforme lo dispone el artículo 52 *ibidem*, salvo lo que dispongan leyes especiales, la facultad que tienen la autoridades para imponer sanciones caduca a los 3 años de ocurrido el hecho,



la conducta o la omisión que la ocasionó; término dentro del cual, la autoridad competente, deberá expedir y notificar el acto administrativo sancionatorio.

77. La Sala observa que, además de lo anterior, la norma citada *supra*, es clara en disponer que el acto administrativo sancionatorio difiere de los que resuelven los recursos; de manera que, estos deben ser decididos en el plazo máximo de 1 año, contado a partir de su debida y oportuna interposición so pena de que la autoridad administrativa pierda competencia.

78. La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en providencia de 25 de abril de 2018, proferida en el expediente con radicado núm. 790012333000201400219-01⁴⁶, en un asunto que se adapta a la materia estudiada en esta oportunidad, señaló:

“[...] En efecto, en cuanto la expresión «resolver» contenida en este artículo, la jurisprudencia ha precisado que la decisión a la que se refiere la Ley, es la «notificada legalmente», vale decir, dentro de la oportunidad legal, ya que de otra manera no puede considerarse resuelto el recurso, como quiera que si el contribuyente no ha tenido conocimiento del acto administrativo, este no produce los efectos jurídicos correspondientes y, por tanto, no puede tenerse como fallado el recurso presentado.

Además, la Sala, en oportunidad anterior, precisó que el plazo de «un año» previsto en el artículo 732 del E.T., es un término preclusivo, porque el artículo 734 del E.T. establece que se configura el silencio administrativo positivo ante su incumplimiento. Al ser un término preclusivo, se entiende que al vencimiento del mismo, la Administración pierde competencia para manifestar su voluntad y, en ese orden, el acto deviene en nulo.

Conforme con lo anterior, la resolución que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la demandante contra la Liquidación de Revisión N° 004 de 2012, se debió notificar dentro del año siguiente, contado a partir de la interposición del recurso en debida forma [...]” (Destacado fuera de texto).

79. Para la Sala, aunque la jurisprudencia transcrita se refiere a una norma del Estatuto Tributario, la misma tiene relevancia en este asunto bajo el entendido de que el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Cuarta del Consejo de Estado. Sentencia de 25 de abril de 2018. Expediente. 730012333000201400219-01, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.



Administrativo, al igual que la normativa estudiada en toda la jurisprudencia transcrita *supra*, establece que el acto por medio del cual se resuelven los recursos es diferente a aquel por medio del cual se impone la sanción; bajo tal mandato, obliga a la autoridad a que decida los recursos en el término de 1 año contado a partir de su debida y oportuna interposición, plazo dentro del cual, como lo manifestó esta Sala en capítulo precedente, debe incluirse la notificación de lo resuelto respecto del recurso; el incumplimiento del plazo anotado, dará lugar a la pérdida de competencia.

80. Para la Sala las pruebas aportadas acreditan y la parte demandada lo aceptó en la contestación de la demanda, que el recurso de apelación que se resolvió mediante la Resolución núm. 000818 de 10 de junio de 2016, se notificó extemporáneamente el 23 de junio de 2016; es decir, aunque si bien el acto se emitió el último día en que finalizaba el plazo de un año establecido en el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que aquel no produjo efectos jurídicos en tanto que, al haberse notificado por fuera de ese término, como lo explicaron los apartes jurisprudenciales transcritos, “[...] **no puede considerarse resuelto el recurso, como quiera que si el contribuyente no ha tenido conocimiento del acto administrativo, este no produce los efectos jurídicos correspondientes y, por tanto, no puede tenerse como fallado el recurso presentado [...]**” (Destacado fuera de texto).

81. Para la Sala es incuestionable que el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, impone un deber imperativo, ineludible: decidir los recursos en el plazo máximo y perentorio de un año contado a partir de su debida y oportuna interposición; toda vez que el desconocimiento de ese término conlleva una consecuencia contraria a los intereses de la administración: la pérdida de competencia, surgiendo para los administrados un derecho: que los recursos interpuestos se entiendan decididos a su favor, configurándose de esa manera un acto ficto presunto positivo que si bien por ley se debe protocolizar, la inexistencia de este procedimiento no le impide al juez pronunciarse sobre la legalidad del acto expreso que se haya emitido.



82. Para la Sala la norma es diáfana en cuanto a la consecuencia jurídica taxativa que deviene del hecho de que la administración no resuelva los recursos dentro del plazo previsto en la ley que, se insiste, es la pérdida de competencia; efecto de ley insaneable que, por consiguiente, no se puede purgar por la ausencia de protocolización del silencio administrativo positivo; es decir, el hecho de que el titular de los efectos del silencio administrativo positivo, no lo haya protocolizado en los términos del artículo 85 de la Ley 1437 de 2011, no es excusa para entender que se revivió la competencia del Ministerio de Trabajo para decidir el recurso.

83. Esta Sala, de los argumentos expuestos *supra*, considera que su competencia, en relación con los actos administrativos cuestionados, se enmarca en determinar si aquellos se expidieron con infracción de la normativa que se señaló como violada; bajo el parámetro anotado, independientemente de que se haya protocolizado o no el silencio administrativo positivo, aspecto en que la parte demandada soporta la legalidad de su actuación, lo incuestionable es que el Ministerio de Trabajo infringió el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 porque notificó el recurso de apelación que se resolvió mediante la Resolución núm. 000818 de 10 de junio de 2016, por fuera del plazo de un año que le concedía la norma, circunstancia que conllevó la pérdida de su competencia; vicio que, conforme lo dispone al artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conlleva la nulidad de los actos administrativos acusados en los términos que expuso el Tribunal *a quo*.

84. La Sala, respecto a que se revoque la sentencia de primera instancia porque no se configuran los supuestos para que el Ministerio de Trabajo pueda ser condenado en costas, debe señalar que el artículo 188 de la Ley 1437 es diáfano en disponer que “[...] *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]*”; así las cosas, como en el presente asunto el debate no se cierne sobre un interés público, resultaba procedente que la parte demandada resultara condenada en costas (Destacado fuera de texto).



Conclusiones de la Sala

85. Esta Sala, acorde con lo anterior, considera que la sentencia de 18 de septiembre de 2018, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, se debe confirmar atendiendo a que la parte demandada no logró desvirtuar los argumentos que condujeron al *a quo* a acceder a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida, en primera instancia, el 18 de septiembre de 2018, por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal Administrativo de Santander.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente
Consejero de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la Sede electrónica para la gestión judicial, SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.