

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-004-2016-00001-01</b>
<b>Accionante</b>	<b>ELSA AMPARO HERRERA GUERRERO</b>
<b>Accionada</b>	<b>DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR</b>
<b>Tema</b>	<i>Reconocimiento de cesantías retroactivas – empleado territorial del Departamento de Bolívar sector salud</i>
<b>Magistrada Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada<sup>1</sup> contra la sentencia de fecha 30 de abril del 2019<sup>2</sup>, proferida por el Juzgado cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió las pretensiones de la demanda.

## III. ANTECEDENTES

### 3.1. LA DEMANDA<sup>3</sup>.

#### 3.1.1. Pretensiones<sup>4</sup>

En la demanda se solicita que se acceda a las siguientes solicitudes:

PRIMERA. - Que se declare la nulidad el acto ficto o presunto negativo, constituido por no dar respuesta al petitorio impetrado por la actora el día 12 de agosto de 2014.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración y en calidad del restablecimiento del derecho, se ordene la expedición del acto administrativo debidamente motivado, que ordene el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías retroactivas a que tiene derecho la actora por haber ingresado a laboral en el sector salud antes del 23 de diciembre de 1.993.

<sup>1</sup> Folios 278-284 cdno 2 (fl. 92-98 digital)

<sup>2</sup> Folios 264-276 cdno 2 (fl. 65-89 digital)

<sup>3</sup> Folios 1-9 cdno 3 (fl. 1-16 digital)

<sup>4</sup> Folios 1 cdno 1 (fl 3-4 digital)

13-001-33-33-004-2016-00001-01

TERCERO: Que los valores que resulten a favor de la demandante sean debidamente indexados. La liquidación de las anteriores condenas sea efectuada mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, conforme a lo dispuesto por el artículo 187 del C.P.A.C.A. en el párrafo tercero.

CUARTO:- Que, para el cumplimiento de la sentencia, se ordene dar aplicación a los artículos 192 y 195 del Código Contencioso Administrativo y se condene en costas a la parte demandada.

### 3.1.2 Hechos<sup>5</sup>.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

La señora ELSA AMPARO HERRERA GUERRERO, prestó sus servicios al Departamento Bolívar - Servicio Seccional de Salud de Bolívar- Unidad Regional de Salud # 2 Hospital San Monte Carmelo del Carmen de Bolívar desde febrero 11 de 1978, con una asignación promedio mensual de \$ 706.358 hasta julio 31 de 1998, siendo transferida al municipio de San Juan Nepomuceno a partir del 01 de agosto de 1998, al Centro de San Juan de Nepomuceno de Bolívar, desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería.

La señora ELSA AMPARO HERRERA GUERRERO, fue erróneamente afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, con derecho a la retroactividad de cesantías, sin ella estar obligada a ello, por ser empleada del nivel territorial.

El día 30 de Julio de 1998, mediante acta No 2 el Departamento de Bolívar protocoliza la entrega del Recuso Humano del Centro Hospital San Juan Nepomuceno, Centros de Salud de San Cayetano y San pedro Consolado, al Municipio de San Juan Nepomuceno, a partir de 01 de agosto de 1.998; en dicha acta se establece entre otra cosa que, *"La planta de personal que se transfiriere se encuentra actualmente en la Planta de cargo del Departamento hasta 01 de agosto de 1999. (...). "Con respecto al pasivo prestacional relacionado con las cesantías, el Departamento se compromete a gestionar ante el fondo del pasivo prestacional las transferencias a los fondos de cesantías y pensiones, la deuda prestacional causado por estos conceptos hasta Julio 30 de 1998"*.

La transferencia de estos empleados y trabajadores fue sin solución de continuidad, con las mismas garantías y prerrogativas que tenían en el

<sup>5</sup> Folios 1-3 cdno 1 (fl 1-3 digital)

13-001-33-33-004-2016-00001-01

Departamento, por lo que la gran mayoría de los compañeros y compañeras de trabajo de la señora ELSA AMPARO HERRERA GUERRERO, les reconocieron y pagaron las cesantías retroactivas desde el día que ingresaron al servicios seccional de salud-Unidad Regional de salud Numero 2 Hospital Regional Monte Carmelo del Carmen de Bolívar hasta Julio 31 de 1998,- ya que a partir de agosto 1 fueron transferidos al Municipio de San Juan Nepomuceno.

Con escrito radicado el día 12 de agosto de 2014, la demandante se solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías retroactivas de la actora, la que fue resuelta negativamente mediante acto ficto o presento negativo, constituido por no respuesta a la solicitud citada anteriormente.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: Constitución Política: Preámbulo, Artículos. 1º, 2º, 6º, 13, 25, 29, 48 y 53 2. - C.P.A.C.A. Arts. 42, 104 138, 3.- Ley 153 de 1887: Arts. 4º, 5º y 8º. 5.- ley 6 de 1.945, art 17-a y 22; Ley 65 de 1946 art 1 y 2; Ley 60 de 1993 art 33; Ley 100 de 1.993 art 242; Ley 244 de 1.995; Decreto ley 1453 (art 27). 6.- Decreto 1160 de 1947 art 1,2, 6.; Decreto 1045 de 1.978, art 45. 7.- Leyes 1435 de 2010 art. 114 y 1438 art 78, y Ley 550 art 58 Numeral 13.

Como concepto de violación indica que el acto administrativo demandado violó el derecho a la igualdad de la accionante, toda vez que, a diferencia de sus compañeros, a ella no se le reconocieron sus cesantías retroactivas por haber laborado como empleada territorial del Departamento de Bolívar.

Alega que existe desviación del poder, toda vez que el gobierno departamental ha infringido los preceptos constitucional anteriores al no expedir el acto administrativo que ordene el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas de la demandante, derecho que se debió pagar en el momento en fuera transferida del Departamento al Municipio.

Sostiene que, existe expedición irregular del acto, toda vez que al generarse un acto administrativo ficto este carece de motivación.

### **3.2. CONTESTACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR<sup>6</sup>**

Esta entidad dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones, por considerar que no existen fundamentos jurídicos que permitan la prosperidad de lo aquí pretendido.

<sup>6</sup> Folios 93-95 cdno 1 (fl. 115-117 digital)

13-001-33-33-004-2016-00001-01

Frente a los hechos sostuvo que, era cierto que la señora Elsa Amparo Herrera Guerrero había laborado para la entidad en los periodos mencionados en la demanda. También expuso que, el Departamento de Bolívar y la Alcaldía Municipal de San Juan Nepomuceno, acordaron las nuevas reglas para la liquidación de cesantías, además de la escogencia del fondo a la cual pertenecería la demandante, razón por la cual no existe diferencia alguna que cancelar, la demandante de manera voluntaria se afilió al fondo Nacional del Ahorro para que en él se administraran sus cesantías, por lo que recibió y disfrutó de la liquidación anual que se hizo de las mismas.

En su defensa, la parte accionada alegó la prescripción de los derechos de la accionante, toda vez que, la obligación se hizo exigible desde el momento en que la relación laboral de la actora con el Departamento de Bolívar se dio por terminada; en ese sentido, de acuerdo a lo establecido en la ley 244 de 1995, la demandante tuvo hasta el día 01 de noviembre de 2002, para hacer su reclamo de lo que considera se le adeudaba, por lo que, como quiera que no lo hizo, operó el fenómeno de la prescripción.

También propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para demandar.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>7</sup>**

Por medio de providencia del 30 de abril de 2019, la Juez Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, concediendo las pretensiones de la demanda.

*“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del acto ficto o presunto configurado por la falta de resolución de la petición elevada por la actora el 12 de agosto de 2014 ante la demandada Departamento de Bolívar, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento ORDÉNESE al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL a que reconozca y pague las cesantías retroactivas a la señora ELSA AMPARO HERRERA GUERRERO, correspondientes al periodo en que estuvo vinculada laboralmente con dicha entidad territorial, comprendido entre el 11 de febrero de 1978 y el 31 de julio de 1998, inclusive, debidamente indexadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.*

La Juez de Primera Instancia sostuvo que, en el caso de marras, se había configurado el acto ficto negativo respecto a la solicitud de reconocimiento y pago de la diferencias por concepto de sus cesantías retroactivas, que formuló la actora, el 12 de agosto de 2014, como quiera que la entidad

<sup>7</sup> Folios 264-276 cdno 2 (fl. 65-89 digital)

13-001-33-33-004-2016-00001-01

territorial demandada no demostró que dentro del término que señala el Art. 83 del CPACA, hubiera notificado a la interesada la decisión adoptada, por lo que debía entenderse que ésta era de carácter negativa.

Expuso, que el acto demandado se encontraba inmerso en una causal de nulidad, por violación de las normas superiores en que debía fundarse, habida cuenta que la actora tenía derecho al reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, en la modalidad de retroactivas de conformidad con la ley 65 de 1946, el Decreto 2767 de 1945, y Decreto 1160 de 1947, por el periodo que laboró con el Departamento de Bolívar, que va del 11 de febrero de 1978 hasta el 31 de julio de 1998; ya que, a partir del 1 de agosto de 1998, la accionante fue vinculada, sin solución de continuidad, con el municipio de San Juan Nepomuceno.

Igualmente, se declaró no probada la excepción de prescripción extintiva formulada por el Departamento de Bolívar, comoquiera que las cesantías retroactivas se hacen exigibles cuando el empleado es retirado del servicio y en el caso que de marras ocupa, la actora fue trasferida, sin solución de continuidad al municipio de San Juan Nepomuceno, al cual, por lo menos en la fecha en que se hizo la reclamación que dio lugar al acto acusado, aún se encontraba vinculada.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>8</sup>**

La demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que la misma debía ser revocada.

Para efectos de sustentar su apelación, la entidad en comento expuso que, los artículos 16 y 17 de la Ley 10 de 1990, autorizan a la Nación y a sus entidades descentralizadas para ceder, gratuitamente, a las entidades territoriales, o a sus entes descentralizados, los bienes, elementos e instalaciones destinados a la prestación de servicios de salud; además, determinan que las personas vinculadas a las entidades que se liquiden, deben ser nombradas o contratadas, por las entidades territoriales o descentralizadas a las cuales se hayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de servicios de salud, sin perder la condición específica de su forma de vinculación; en ese sentido, a los empleados y trabajadores, se les debía aplicar el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada.

---

<sup>8</sup> Folios 278-284 cdno 2 (fl. 92-98 digital)

13-001-33-33-004-2016-00001-01

Que, en razón de lo anterior, se celebró el convenio interadministrativo del 30 de junio de 1999 (sic) donde se transfirió a la accionante al MUNICIPIO DE TIQUISIO (sic), donde el cesionario transfiere la planta de personal del Departamento - Secretaría Seccional Salud sin que hubiere obligaciones prestacionales pendientes por pagar, condición indispensable para que se diera la aplicabilidad del convenio.

Que, la Ley 60 de 1993, en su artículo 33 dispuso la creación del fondo Prestacional del Sector Salud, para el pago del pasivo prestacional de los servidores del sector salud, por lo que, de acuerdo con lo anterior, los beneficiarios del citado fondo tenían derecho a exigir el pago de la deuda de sus pasivos prestacionales causados hasta fin de la vigencia correspondiente a 1993; que a partir de ese año, se comenzó un nuevo régimen para el pago de sus cesantías, el anualizado, por lo cual el derecho a reclamar las retroactivas se encuentra prescrito, por simple transcurrir del tiempo, en concordancia con el art. 489 del C.S.T. puesto que se venció el término de tres años, dentro de los cuales se debía presentar el correspondiente reclamo al empleador, sin que se evidencie en ese caso reclamo alguno al empleador que hubiera logrado la interrupción de la prescripción.

La entidad interesada reiteró que debía declararse probada la excepción de pago de la obligación.

### **3.5. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

Con auto de fecha 2 de marzo de 2020<sup>9</sup>, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del veinticinco 5 de octubre de 2020<sup>10</sup> se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

### **3.6. ALEGACIONES**

**3.6.1. Parte demandante:** Presentó escrito de alegatos, pero no se refieren a este caso en concreto<sup>11</sup>.

**3.6.2. Parte demandada:** no presentó escrito de alegatos.

**3.6.3. Ministerio Público:** No presentó el concepto de su competencia.

---

<sup>9</sup> Folio 5 cdno 4

<sup>10</sup> Folio 9 cdno 4

<sup>11</sup> Folio 10-11 cdno 2

#### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **5.1. COMPETENCIA**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los jueces administrativos en primera instancia.

##### **5.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

La Sala encuentra que, conforme al recurso de apelación interpuesto, y las pruebas traídas al plenario, el problema jurídico se concreta en determinar lo siguiente:

*¿Tiene derecho la señora Elsa Herrera tiene derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías por parte del departamento de Bolívar en la modalidad de retroactivas, teniendo en cuenta que es un trabajador de la salud que se vinculó en 1978, y que fue transferido a la entidad demandada en el año 1998?*

*¿Se encuentran prescritas dichas cesantías? ¿Está legitimado el Departamento de Bolívar para asumir el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas de la accionante?*

##### **5.3. TESIS DE LA SALA**

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda, toda vez que el Departamento de Bolívar no es la entidad llamada a reconocer las cesantías de la accionante, por lo que se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

## **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

### **5.3.1. Cesantías de los servidores públicos del sector salud**

Mediante sentencia del 26 de abril de 2018, la Sección Segunda del Consejo de Estado, estudió el régimen de cesantías retroactivas para los empleados públicos de las seccionales de salud a nivel territorial, por lo que en el mismo determinó que:

*“Tratándose los accionantes de funcionarios del sector salud del orden territorial, es oportuno precisar el régimen de cesantías que les es aplicable, para lo cual se ha de partir del momento en que se produjo su vinculación laboral, de manera que si esta fue anterior a la Ley 10 de 1990, la aludida prestación se rige por lo consagrado en el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º de la Ley 65 de 1946 y 1º, 2º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947, es decir el régimen de retroactividad, que era la regla general para los empleados del orden territorial, mientras que para los servidores del nivel nacional, después de la expedición del Decreto 3118 de 1968, lo era la afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, incluso aquellos pertenecientes al sector salud. (Subrayas de la Sala).*

*De esta manera, los empleados del sector salud pertenecientes al nivel territorial y sus entes descentralizados, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10 de 1990, en materia prestacional se regían por las mismas disposiciones que los nacionales, por lo que, para la liquidación y pago de sus cesantías debía recurrirse a las prescripciones del Decreto 3118 de 1968, que prevé el modelo anualizado administrado por el Fondo Nacional del Ahorro.”*

Las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, previeron el derecho al auxilio de cesantías para los servidores del sector público en los órdenes nacional, seccional y territorial, en razón a un mes de sueldo por cada año de trabajo continuo o discontinuo y proporcional por las fracciones de año.

Para efectos de su liquidación, se dispuso, como regla general, tener en cuenta el último salario fijo devengando por el empleado así como todo aquello que haya percibido a cualquier otro título y que implicara directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, de este modo el régimen tenía carácter retroactivo y el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema.

Frente a ello, el Gobierno Nacional optó por expedir el Decreto 3118 de 1968 “por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”, con el propósito de iniciar el proceso de desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual, así como con la finalidad de pagar oportunamente el



13-001-33-33-004-2016-00001-01

auxilio de cesantía a los empleados públicos y trabajadores oficiales. Este nuevo régimen dispuso a cargo del Fondo Nacional del Ahorro el pago de intereses para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria.

Con el decreto referido se suprimió el régimen de retroactividad para remplazarlo por el de liquidación anualizada, administrado por el Fondo Nacional del Ahorro, pero únicamente en relación con los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, **es decir, que los servidores del nivel territorial que venían gozando de la retroactividad no vieron afectado su derecho de manera que ese sistema era el que se le continuaba aplicando a la liquidación del auxilio en comento, de tales empleados.**

Se observa entonces, que en los distintos niveles del sector oficial (nacional, departamental y municipal) se aplicaban diversos regímenes prestacionales, por ello **el legislador con la intención de unificarlos expidió la Ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, prescribiendo en cuanto al régimen prestacional de los empleados de la salud del nivel territorial, lo siguiente:**

*“ARTICULO 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. **A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley**”. (Subrayas fuera del texto).*

Por lo anterior, los empleados del sector salud pertenecientes al nivel territorial y sus entes descentralizados, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10 de 1990, en materia prestacional se regían por las mismas disposiciones que los nacionales, por lo que, para la liquidación y pago de sus cesantías debía recurrirse a las prescripciones del Decreto 3118 de 1968, que prevé el modelo anualizado administrado por el Fondo Nacional del Ahorro.

Posteriormente el artículo 242 de la Ley 100 de 1993, “Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, instituyó la prohibición expresa de reconocer y pactar “para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantías a ellos aplicable”, de manera que el sistema de liquidación anualizado se convirtió en la regla general para este tipo de empleados. Así mismo, se refirió al Fondo Prestacional del sector Salud, aclarando que asumiría el costo adicional

13-001-33-33-004-2016-00001-01

generado por concepto de la retroactividad de las cesantías del sector salud, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 242. FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD. El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.*

*El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en ésta, será asumido por el fondo del pasivo prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma ley.*

**A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable.**

(...)

*PARÁGRAFO: Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndese por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993”.*

Con la expedición de la Ley 344 de 1996 “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, en su artículo 13 estableció la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera sea su nivel (nacional o territorial), exceptuando al personal uniformado de las Fuerzas militares y de la Policía Nacional, a partir de su entrada en vigencia, esto es, el 31 de diciembre de 1996.

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, por medio del cual el Presidente de la República reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió el régimen de liquidación de cesantías anualizado previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a los fondos privados administradores de cesantías, dispuso lo siguiente:

*“Artículo 1º.- **El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990;** y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998. (Subrayas fuera del texto)*



**13-001-33-33-004-2016-00001-01**

*Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998."*

En el caso de aquellos servidores que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse a las opciones previstas en la citada norma, el artículo 3.º del Decreto 1582 de 1998 indicó el siguiente procedimiento:

- "a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;*
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;*
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición".*

Con el propósito de desmontar del sistema de retroactividad de cesantías, el artículo 19 Decreto 1453 de 1998 estableció la obligatoriedad de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, para los empleados Nacionales allí señalados, independientemente de si su vinculación era anterior o posterior a la vigencia de tal norma.

En cuanto a los servidores del orden territorial que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, esto es, después del 31 de diciembre de 1996, les resulta aplicable el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad a tal fecha, siempre y cuando hubieren manifestado su voluntad de renunciar al sistema de retroactividad.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 25 de agosto de 2016, Radicación 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

*"En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998"*

De otra parte, la Ley 715 de 2001, en su artículo 61 suprimió el Fondo de Pasivo Prestacional para el Sector Salud trasladando la responsabilidad financiera de

13-001-33-33-004-2016-00001-01

aquel al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y pasó a ser regulada por el Decreto 306 de 2004, que previó, entre otros, los requisitos para ser beneficiario del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud y la forma de pago de dicho pasivo, así:

*“Artículo 4°. Cesantías. El procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías se desarrollará conforme a los siguientes parámetros:*

*El valor neto de la cesantía de una persona activa o retirada a 31 de diciembre de 1993 equivaldrá a las cesantías causadas y pendientes de pago a dicha fecha, descontando los valores cancelados por concepto de cesantías parciales, todo debidamente actualizado.*

*La Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se abstendrá de pagar con sus recursos la retroactividad de cesantías que corresponda al servidor público o el trabajador privado afiliado con anterioridad al 23 de diciembre de 1993 al Fondo Nacional del Ahorro o a otra Administradora de Fondo de Cesantías legalmente constituida, teniendo en cuenta que el régimen que administran dichas entidades no contempla a su cargo el pago de dicha retroactividad.*

*Cuando la negligencia imputable al empleador en el pago oportuno de los aportes para cesantías de sus trabajadores dé origen a la cancelación de intereses de mora, estos no podrán ser cancelados con la concurrencia a cargo de las entidades que colaboran en la financiación del pasivo prestacional del sector salud.*

*ARTÍCULO 8°. Beneficiarios. Se consideran beneficiarios del Pasivo Prestacional del Sector Salud aquellos servidores públicos y trabajadores privados que fueron certificados como tales por el Ministerio de Salud de conformidad a la normatividad entonces vigente, sin perjuicio de las modificaciones a que haya lugar con ocasión de la revisión que efectúe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

*Serán considerados como beneficiarios los trabajadores del sector salud que a diciembre de 1993 pertenecían a una de las siguientes entidades o dependencias y tenían acreencias prestacionales legales a las que se refiere el artículo 2° del presente decreto, vigentes con las mismas:*

- a) Instituciones o dependencias de salud del subsector oficial del sector salud;*
- b) Entidades del subsector privado del sector salud, cuando hayan estado sostenidas o administradas por el Estado, o cuyos bienes se hayan destinado a una entidad pública en un evento de liquidación;*
- c) Entidades de naturaleza jurídica indefinida del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, o que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública”.*

Conforme a la normativa transcrita en precedencia es posible afirmar que los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, que hubieren iniciado sus labores antes de la entrada en vigor de las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, por regla general, son beneficiarios en materia de cesantías del régimen de retroactividad a menos que se hubieren acogido al sistema anualizado.

A la referida conclusión también arribó la Sala homóloga de la Subsección "A", en sentencia de 5 de abril de 2017, Radicación número: 41001-23-33- 000-2013-00135-01 (4402-14) CP WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ:

*"i) por regla general el auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, se liquida con el régimen de retroactividad, es decir, con base en el último salario devengado al momento de la desvinculación de la entidad o de la liquidación parcial de cesantías, según sea el caso; o ii) con el sistema de liquidación y manejo de las cesantías desarrollado en la normativa que regula lo referente al Fondo Nacional del Ahorro".*

## 5.5. CASO CONCRETO

### 5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Certificado expedido por el Gerente de la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno en el cual consta que la actora, señora Elsa Amparo Herrera prestó sus servicios en el Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar desde el **11 de febrero de 1978** hasta el **01 de agosto de 1998** (fl. 11)
- Derecho de petición elevado por la accionante ante la entidad demandada de fecha 12 de agosto de 2014 (fl. 12-15).
- Decreto No. 115 de agosto 01 de 1998, expedido por el Alcalde de San Juan Nepomuceno, por medio del cual se incorpora a los funcionarios que vienen laborando en el Centro de Salud de San Juan Nepomuceno (...) a la planta de personal de San Nepomuceno en idénticos cargos y funciones a los cedidos por el Departamento de Bolívar en cumplimiento de la Ley 10/90 (fl. 17-23).
- Oficio mediante el cual el Departamento Administrativo de Salud de Bolívar le comunica a la accionante que ha sido trasladado al municipio de San Juan a partir del 01 de agosto de 1998 (fl. 24 y 148)
- Acta No. 2 "acta de entrega del personal del centro Hospital San Juan Nepomuceno, Centros de Salud San Cayetano y San Pedro Desconsolado al Municipio de San Juan Nepomuceno" (folios 25- 28 y 241-248).
- Acta de posesión y certificación del tiempo de prestación de servicio remitida por la Dirección Administrativa de Gobierno y Talento Humano de la Alcaldía de San Juan Nepomuceno, en el que consta que la accionante labora para la ESE San Juan Nepomuceno desde el 1 de agosto de 1998, (folios 150).
- Acta de posesión de la señora Elsa Herrera Guerrero en el hospital Monte Carmelo en la fecha 11 de febrero de 1978 (fl. 30 y 177)

13-001-33-33-004-2016-00001-01

- Acta de posesión de la señora Elsa Herrera Guerrero en el Centro de Salud de San Juan Nepomuceno en la fecha 1 de agosto de 1998 (fl. 29 y 151)
- Extracto de cesantías expedido por el Fondo Nacional del Ahorro (fl. 33- 36)
- No. 221 de 20 de marzo de 2014 expedida por el Secretario de Hacienda del Departamento de Bolívar, mediante la cual se ordena el pago de cesantías retroactivas a la señora Bella Carmena De Polo (fis. 72- 75)
- Certificación en el que se hace constar que la accionante se encuentra vinculada a la ESE San Juan Nepomuceno desde el 24 de enero de 1999, en el cargo de auxiliar de Salud, (folios 142).
- Certificado de reporte de cesantías al Fondo Nacional del Ahorro, hasta la fecha - agosto de 2017 (folio 143)
- Hoja de vida de la señora ELSA HERRERA GUERRERO (folios 144-155)
- Respuesta del Departamento de Bolívar en la cual mediante oficio No 648 de 3 de agosto de 2017 manifiestan que al momento de efectuarse la transferencia del recurso humano a los municipios de San Juan de Nepomuceno y Tiquisio no se efectuó el saneamiento del pasivo prestacional de la actora (folios 156-157)
- Certificado en el que consta que la actora señora Elsa Herrera Guerrero se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Ahorro y se le pagaron las cesantías de forma anualizada en los años 1983-1997 (folios 260-262).

#### **5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el sub-examine el acto enjuiciado es el acto administrativo ficto presunto negativo que surgió cuando el Departamento de Bolívar, no respondió la solicitud que le hiciera el demandante mediante escrito petitorio radicado el día 12 de agosto de 2014, por la cual solicita el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas.

La Juez de primera instancia al estudiar el caso, accedió a las pretensiones en comento manifestando que la accionante sí tenía derecho al reconocimiento y pago de las cesantías en el régimen retroactivo, toda vez que la misma se había vinculado al sector salud del Departamento de Bolívar, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En virtud de lo anterior, ordenó al Departamento de Bolívar debía proceder reconocer y pagar las cesantías retroactivas a la señora ELSA AMPARO HERRERA GUERRERO, correspondientes al periodo en que estuvo vinculada laboralmente con dicha entidad territorial, comprendido entre el 11 de febrero de 1978 y el 31 de julio de 1998. Alegó que no existía prescripción de tales emolumentos, toda vez que se trataban de derechos imprescriptibles.

Inconforme con la anterior decisión, la parte accionada interpuso recurso de apelación manifestando que, el Departamento de Bolívar no quedó

13-001-33-33-004-2016-00001-01

adeudando ninguna prestación referente a los empleados que fueron transferidos al Municipio de San Juan Nepomuceno; y que, en caso de que en efecto existieran saldos insolutos, estos debían declararse prescrito toda vez que la relación laboral de la accionante tuvo vigencia hasta el año 1998, por lo que el plazo para reclamar dichas cesantías venció en el año 2002. En el recurso de alzada, la parte impugnante destaca que la relación con el Departamento de Bolívar ya feneció.

Para efectos de resolver lo anterior, encuentra la Sala probado que, la señora Elsa Herrera Guerrero laboró para el Departamento de Bolívar- Secretaría de Salud, desde el 11 de febrero de 1978 hasta el 01 de agosto de 1998 en el cargo de Auxiliar Área de la Salud Grado 32 Código 412 (fl. 11 cdno 1).

Que, el 1 de agosto de 1998 la señora Elsa Herrera Guerrero fue incorporada, sin solución de continuidad, en la planta de personal del Municipio de San Juan Nepomuceno, en el mismo cargo (fl. 24 cdno 1), en atención a lo establecido en el Decreto 115 del 1 de agosto de 1998 (fl 17-23) y en el Acta No. 2 *“acta de entrega del personal del centro Hospital San Juan Nepomuceno, Centros de Salud San Cayetano y San Pedro Desconsolado al Municipio de San Juan Nepomuceno”*, documento este en el que se indica que a los empleados transferidos (43 cargos) se les debe tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1399 de 1990, en el sentido de que se les debe respetar el régimen salarial y prestacional que se les venía aplicando en el Departamento (folios 25- 28 y 176-177). Posteriormente, cuando se crea la ESE Hospital Local San Juan de Nepomuceno, la accionante es incorporada a dicha entidad, mediante nombramiento 001 de ese año y posesionada el 24 de enero (fl. 150 cdno 1). Su historia laboral finaliza con el certificado expedido por esta misma institución, donde se deja constancia que labora desde el 24 de enero de 1999, hasta el momento de la expedición del certificado que es el 8 de agosto de 2017 (fl. 142).

También se advierte que, en el Acta No. 2 mencionada, suscrita en virtud de la descentralización operada en el sector salud a partir de la Ley 10 de 1990, el Departamento de Bolívar manifestó que en el anexo 4 se ilustraba una tabla en la que se relacionaba el nombre de los trabajadores (transferidos), el cargo y fondo de cesantías al cual estaban afiliados, así como el respectivo certificado del Fondo Nacional del Ahorro, en el que se podía evidenciar algunas inconsistencias en pagos no efectuados, por lo que el Departamento se comprometía a gestionar ante el Fondo de Pasivos Prestacional la transferencia de los recursos correspondientes.

Adicionalmente se tiene que el FNA certifica que la actora señora Elsa Herrera Guerrero se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Ahorro y se le pagaron

13-001-33-33-004-2016-00001-01

las cesantías de forma anualizada en los años 1983-1997 (fl 33-36 y 260-262). Igualmente, están aportados extractos expedidos por el FNA, donde constan las consignaciones de cesantías del accionante desde el año 1983 a 1998 (fl. 33-36).

Ahora bien, independientemente de lo antes expresado, es necesario indicar que, conforme con lo establecido en el marco normativo de esta providencia, se tiene que, las cesantías de los empleados públicos del sector salud del nivel territorial vinculados antes de la entrada en vigor de las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, por regla general, son beneficiarios en materia de cesantías del régimen de retroactividad, por lo tanto las mismas se liquidan con **el último salario devengados al momento de su desvinculación o de la liquidación parcial de sus cesantías**; ello, a menos que se hubieren acogido al sistema anualizado, de forma expresa.

En ese orden de ideas, debe concluirse que, los empleados territoriales del sector salud que se hubieran vinculado al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tienen derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías en el régimen retroactivo, al momento en el que se genere el retiro definitivo del servicio o se solicite el pago parcial; y que, dicho régimen no se cambia por el simple hecho de que la entidad pública empleadora afilie al trabajador a otra entidad administradora de cesantías, puesto que, para que pueda darse el cambio de régimen, el trabajador debe expresamente manifestar su decisión de renunciar al régimen retroactivo para acogerse al anualizado.

De acuerdo con lo expuesto, es indiscutible que la señora Elsa Herrera Guerra tiene derecho a que se le paguen de forma retroactiva sus cesantías, puesto que se vinculó al servicio de salud del Departamento de Bolívar en el año 1978, antes de la entrada en vigencia de la Ley 10/90 y 100/93.

Establecido lo anterior, encuentra el Tribunal que la principal causa de impugnación de la decisión, por parte de la entidad accionada radica en el argumento de que las cesantías de la accionante se encuentran prescritas, pues la relación laboral con la actora finiquitó el 31 de julio de 1998 y esta no reclamó las cesantías que se le causaron.

Sobre este aspecto, la Juez de primera instancia sostuvo que, no estaba llamado a prosperar dicha posición, toda vez que las cesantías son un derecho laboral que no prescribe, por lo cual ordena su reconocimiento y pago.

13-001-33-33-004-2016-00001-01

Frente a lo anterior, encuentra este Tribunal una situación especial que no puede pasarse por alto en este proceso, y es que, efectivamente, como lo sostiene el apoderado de la parte accionada, la relación laboral de la señora Elsa Herrera con el Departamento de Bolívar terminó en julio de 1998, toda vez que, en virtud de la cesión de trabajadores realizada en virtud del Decreto 1399 de 1990, su nuevo patrono es el Municipio de San Juan Nepomuceno, entidad esta que es la responsable el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales de la actora hasta cuando termine la relación laboral, incluido el pago de las cesantías retroactivas, puesto que, como se mencionó, el vínculo laboral de la accionante con el departamento se sustituyó por el vínculo con el Municipio de San Juan Nepomuceno y posteriormente, con el que actualmente tiene con la ESE Hospital San Juan de Nepomuceno.

Respecto de lo anterior, el Decreto 1399 de 1990 estableció lo siguiente:

**“Artículo 1° *Ámbito de aplicación.*** *El presente Decreto regula la nueva vinculación laboral de empleados públicos y trabajadores oficiales que quedaren cesantes por motivo de la supresión, liquidación o cambio de adscripción a otro nivel administrativo, (...) que en virtud de la cesión de que trata el artículo 16 de la Ley 10 de 1990 (...). También se aplica a la reubicación y redistribución del personal de los servicios seccionales de salud de conformidad con el artículo 18 de la Ley 10 de 1990.*

**Artículo 2° *Entidades cesionarias.*** *Para los efectos de este Decreto se entiende por entidades cesionarias aquellas receptoras de los bienes, elementos e instalaciones provenientes de la Nación, sector central o descentralizado, o de los departamentos, intendencias y comisarías o sus entidades descentralizadas, o de las fundaciones o instituciones de utilidad común, cuyo objeto es la prestación de servicios de salud.*

**Artículo 3° *Obligación de vincular el personal cesante.*** *Las entidades cesionarias están obligadas a vincular el personal cesante al cual se refiere el primer inciso del artículo primero del presente Decreto, sin perder la condición específica de su forma de vinculación. (...)*

**Artículo 4° *Garantía de derechos.*** *A los empleados públicos y a los trabajadores oficiales de que trata el presente Decreto, se les aplicará el régimen salarial y prestacional propio de la entidad a la cual se les hace la nueva vinculación, sin que pueda disminuirse los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada o suprimida. (...)*

*Si la entidad cesionaria no tuviere otorgado algún factor salarial o prestacional que el empleado oficial sí estuviere percibiendo en la entidad suprimida o liquidada, se le garantizará el pago de dicho concepto salarial o prestacional, mientras permanezca vinculado laboralmente a la entidad cesionaria. (...)*

**Artículo 5° *Empleados del Ministerio de Salud.*** *Los empleados del Ministerio de Salud, cuyos cargos fueren suprimidos en virtud de la reorganización del sistema nacional de salud, por pasar los programas a los departamentos o municipios, serán incorporados en la respectiva entidad territorial, sin que sus prerrogativas salariales o prestacionales*



**13-001-33-33-004-2016-00001-01**

*sean, en ningún caso, disminuidas, y por lo mismo se les aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo anterior”.*

Así las cosas, se tiene que, en el caso concreto, el Municipio de San Juan Nepomuceno incorporó a su planta de personal, mediante Decreto 115 del 1 de agosto de 1998, a todo el personal que le cedió el Departamento de Bolívar, entre ellos, la accionante, quien pasó del Hospital Monte Carmelo (Dasalud) al Municipio de San Juan Nepomuceno y a la ESE San Juan de Nepomuceno (ver. Fl. 11, 29 y 30).

Considera esta Corporación, que, en este evento, se dio la figura de la sustitución patronal, por lo que debe entenderse que el vínculo laboral de la accionante se encuentra vigente y, por lo tanto, las cesantías definitivas mencionadas: i) no son una obligación que deba pagar el Departamento de Bolívar, en este momento, puesto que no es el último empleador; y ii) no es exigible su pago en este momento, sino cuando finalice la relación laboral.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado<sup>12</sup> ha expuesto:

*“La Sección Segunda en sus Subsecciones A y B<sup>13</sup> han considerado que la sustitución patronal o de empleador no conlleva a la terminación del vínculo laboral siempre que se cumplan los requisitos legales de dicha figura expuesto anteriormente, y por consiguiente, no se hace exigible el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas en los términos de la Ley 244 de 199530 modificada por la Ley 1071 de 200631, cuyo incumplimiento daría lugar a la sanción moratoria. Al respecto, esta Subsección ha considerado lo siguiente:*

*« [...] la sustitución patronal o de empleador, según los artículos 67 y 68 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), consiste en «todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste (sic) no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios», y «La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes»; o sea, que el cambio o sustitución de patronos o empleadores opera siempre y cuando se colmen tres exigencias: (i) cambio de un patrono por otro; (ii) continuidad del establecimiento o empresa, y (iii) prolongación de los servicios del empleado o trabajador a través del mismo contrato de trabajo.*

*En el presente asunto, al haber sido transferida la accionante a la ESE Salud Chocó, a partir del 15 de enero de 2008, conforme a la cláusula primera del acta de sustitución patronal (ff. 32-33), se debe entender que no hubo rompimiento del*

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. Radicación: 270012333000201400064 01.- Bogotá D. C., 28 de junio de 2018

<sup>13</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 8 de marzo de 2018. Rad. 27001-23-33- 000-2013-00013-01 (3247-14). C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Con ponencia de Sandra Lisset Ibarra Vélez: sentencias del 9 de noviembre de 2017. Rad. 27001233300020130001501 (4687-2014); del 3 de mayo de 2018. Rad. 27001233300020130028901 (0723-2015); del 3 de mayo de 2018. Rad. 27001233300020140014601 (3028- 2015)



**13-001-33-33-004-2016-00001-01**

vínculo laboral; no obstante, de que ella solo laboró en Dasalud hasta el 31 de diciembre de 2007 (f. 24), ya que no se presentó el fenómeno de solución de continuidad.

[...] En vista de lo que antecede, se deduce que la mora en el pago comienza a correr desde el momento en que vencen los 45 días hábiles que tiene de plazo la entidad para cancelar las cesantías definitivas o parciales, situación que no es la de la actora porque ella solicita la sanción por la no cancelación de las cesantías definitivas en los años 2006 y 2007, cuando para esas anualidades el vínculo laboral se encontraba vigente por la sustitución patronal o de empleador, tal como se afirma en el recurso de apelación que trabajó con la ESE Salud Chocó que «suprimió su planta de personal mediante resolución (sic) 001 de noviembre de ese mismo año [2009]» (f. 300). En consecuencia, esta pretensión no tiene prosperidad.» (Se resalta).

39. Igualmente, la Subsección B de la Sección Segunda<sup>14</sup> ha sostenido que la sustitución de empleadores no conlleva al nacimiento de nuevas relaciones laborales, por consiguiente, aun cuando adquieran obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones sociales adeudadas a los servidores públicos, ello no conlleva a la exigibilidad de las cesantías definitivas por no configurarse el rompimiento del vínculo, de manera que una solicitud presentada antes de que surja el derecho no puede generar efectos sancionatorios. La sala de decisión homóloga de esta subsección, consideró al tenor lo siguiente:

«[...] De otra parte, se reitera que para que se perfeccione la figura jurídica de la sustitución de empleadores, no pueden ser expedidos actos de nombramiento para que el empleado sea transferido de la entidad sustituida a la sustituta y sub lite al realizar la valoración probatoria se encuentra que, se configuró una sustitución patronal y no el nacimiento de relaciones laborales diferentes, en tanto no se expedieron nuevos actos de nombramiento, así como las respectivas actas de posesión.

En ese orden de ideas, toda vez que en el presente asunto ocurrió efectivamente una sustitución patronal entre Dasalud en liquidación y la ESE Salud Chocó, y que la sustitución no implica el deber de reconocer y pagar directamente al trabajador, las cesantías causadas hasta la fecha en que efectivamente se lleva a cabo, para esta Corporación resulta claro que al 15 de enero de 2008 no se había hecho exigible ese derecho en favor de la señora Adriana Rivas Peñaloza.

Así las cosas, se encuentra que la parte demandante no demostró el rompimiento del vínculo laboral con el cambio de empleador al 15 de enero de 2008, en virtud de la sustitución patronal ocurrida, el derecho a las cesantías definitivas de la señora Rivas Peñaloza no había nacido a la vida jurídica, pese a que la anterior entidad tuviera el compromiso de consignar lo causado hasta esa fecha en el respectivo fondo.

Ahora, respecto al argumento expuesto por la parte accionante en el sentido de que se debe reconocer la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías para los años 2005 a 2007, se hace necesario señalar que si el vínculo laboral terminó

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, sentencias del 15 de marzo de 2018. Rad. 27001-23-33-000-2013-00143-01 (3391-14); y del 16 de noviembre de 2017. Rad. 27001-23-33-000-2013- 00180-01 (3319-14), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.



**13-001-33-33-004-2016-00001-01**

*definitivamente el 1.º de marzo de 2009<sup>35</sup> y tal situación era la que le otorgaba a la señora Adriana el derecho al pago de sus cesantías definitivas, es innegable que aún no le asistía tal derecho; como quiera que tal y como se estudió precedencia, para dichos años no había culminado su relación laboral, por lo que una solicitud presentada antes de que surja el derecho no puede generar efectos sancionatorios.*

*En este sentido, la Subsección resalta que conforme se observa en el extracto individual de cesantías aportado por el Fondo Nacional del Ahorro, las cesantías de los años 2008 y 2009 sí fueron consignadas en dicho Fondo, circunstancia que permite reafirmar lo argüido por la demandante en el libelo introductor y como quedó señalado en la fijación del litigio, los años por los cuales se reclama la sanción moratoria son entre el 2005 a 2007, se reitera, cuando todavía existía el vínculo laboral. De igual manera, debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, si bien se encuentra viable confirmar la orden dada por el a quo, de cancelar los periodos correspondientes a los años 2005 y 2007, ello se avala en aras de la protección del derecho laboral al pago de las cesantías no acreditadas en su momento en el fondo respectivo, y que tampoco fueron pagadas con posterioridad. Todo, en virtud de la solidaridad legalmente establecida en ley para Dasalud en liquidación. Más no se puede entender que esta orden implique el derecho al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006 porque, se repite, no existe petición al respecto como quiera que no se demostró la terminación del vínculo laboral.»*

*40. De acuerdo con la jurisprudencia pacífica de esta Corporación, se establece que en el evento en que se configure la sustitución patronal, no se origina el derecho al reconocimiento de las cesantías definitivas que solo será exigible cuando finalice de manera definitiva la relación legal y reglamentaria, sin que las peticiones elevadas con anterioridad a ello, puedan configurar la sanción moratoria, en tanto no contempla la infracción prevista en la ley para su configuración”.*

Así las cosas, en el caso concreto se tiene que, la incorporación de la demandante al Municipio de San Juan Nepomuceno, se concretó con el Decreto 115 del 1 de agosto de 1998 (fl 17-23) y el Acta No. 2 “acta de entrega del personal del centro Hospital San Juan Nepomuceno, Centros de Salud San Cayetano y San Pedro Desconsolado al Municipio de San Juan Nepomuceno (folios 25-28). Lo anterior nos permite afirmar que la transferencia del demandante como servidor del Departamento sector salud, al Municipio de San Juan Nepomuceno y, posteriormente a la ESE Hospital San Juan Nepomuceno (fl. 150), donde actualmente se encuentra vinculada, se hizo **por sustitución patronal**, por lo que la entidad llamada en este evento a asumir la obligación del pago de las cesantías sería el último empleador, toda vez que, conforme con el Acta No. 2 el Departamento de Bolívar se comprometió a realizar el saneamiento de orden salarial y prestacional hasta la fecha en la que fueren transferidos al Municipio de San Juan Nepomuceno. Lo anterior, da como resultado que deba declararse la falta de legitimación por pasiva, por parte del Departamento de Bolívar.

13-001-33-33-004-2016-00001-01

En un caso similar<sup>15</sup>, en el que se ventilaba la situación de una persona que había estado vinculada al Departamento de Bolívar – sector salud, y luego, en virtud de un convenio interadministrativo con el Distrito de Cartagena éste pasó a hacer parte de la planta de personal de dicho ente territorial, se dijo que, como quiera que el actor había ingresado a laborar con la administración territorial en el sector salud, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, debía entenderse que el régimen de sus cesantías era el retroactivo, y su reconocimiento y pago se encontraba en cabeza del Distrito de Cartagena, entidad en la cual aún se encontraba laborando, por lo que la cancelación de las cesantías, cuando se diera el retiro definitivo o la petición de pago parcial, debían ser canceladas con base en el régimen retroactivo. Todo ello, sin perjuicio de que le solicite a su actual empleador la aplicación del régimen retroactivo de cesantías, pues, como lo dijo la Juez de primera instancia, en aplicación de la jurisprudencia, que la prestación social cesantías es imprescriptible mientras el vínculo esté vigente.

En mérito de lo expuesto, esta corporación procederá a **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se denegará las pretensiones de la demanda, al encontrar demostrada, de oficio, la excepción de falta de legitimación por pasiva.

#### **5.6. De la condena en costa.**

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida en ambas instancias, esto es, a la parte demandante, por cuanto no se encuentran demostrada, objetivamente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **VI.- FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

**SEGUNDO:** En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por encontrarse probada la falta de legitimación en la causa por pasiva.

---

<sup>15</sup> Sentencia dictada el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 002, el 31 de julio de 2020, dentro del proceso con radicado 13-001-33-33-005-2015-00177-01.



13-001-33-33-004-2016-00001-01

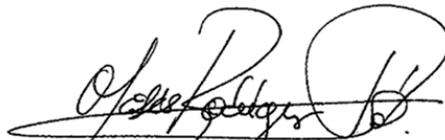
**TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR** en costas a la parte demandante en ambas instancias, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

**CUARTO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en los sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.012 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ