



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., 28 de junio de 2018

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.-

Radicación: 270012333000201400064 01.-

Interno: 1080-2015.-

Actora: María Amelis Rentería Machado.-

Demandado: Departamento del Chocó y el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación.-

Asunto: Confirma la sentencia de primera instancia, en cuanto negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en las Ley 50 de 1990 y la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.-

FALLO SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo del 11 de diciembre de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el incumplimiento en la consignación de las cesantías

por las anualidades de 1978 al 2000 y 2006 al 2007; y le ordenó a Dasalud Chocó en liquidación que adelante las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes al cumplimiento de dicha obligación por los años 2006 y 2007.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

La señora María Amelis Rentería Machado a través apoderada judicial legalmente constituida, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – *Ley 1437 de 2011*, demandó¹ al departamento del Chocó y al Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó² en liquidación.

2.1.1 Pretensiones

a. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto derivado del silencio administrativo negativo frente a la petición elevada ante Chocó Dasalud en Liquidación el 14 de enero del 2010, por la cual solicitó el pago de salarios, dotaciones, horas extras, cesantías e intereses y la sanción moratoria.

¹ El 7 de enero de 2013, según se observa a folio 9 del expediente.

² En adelante Dasalud Chocó en liquidación.

b. En consecuencia de la anterior declaración y como restablecimiento del derecho, condenar a las entidades demandadas al pago de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías de 1978 a 2000 y 2006 al 2007.

c. Ordenar a las entidades demandadas efectuar el pago de las dotaciones con sus intereses e indexación monetaria conforme al artículo 192 del CPACA y a la indemnización de la carrera administrativa.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes que se extraen de la demanda y de los documentos aportados con esta³:

2.2. Fundamentos fácticos

a. La demandante laboró al servicio de Dasalud Chocó en liquidación auxiliar de enfermería desde 1978 hasta el 31 de diciembre de 2007, durante su vinculación se encontraba afiliada al Fondo Nacional del Ahorro⁴ y durante las anualidades de 1978 al 2000 y 2006 al 2007, no se realizaron las consignaciones de las sumas dinerarias correspondientes a las cesantías.

b. Por lo anterior, el 14 de enero de 2010 elevó una petición ante la entidad demandada con el fin de obtener las cesantías e intereses, así como la

³ Folios 1 y 2.

⁴ En adelante FNA

sanción moratoria, frente al cual se configuró el silencio administrativo negativo demandado a través del presente medio de control; solicitudes que fueron reiteradas en el 2011 y 2012; y finalmente, adujo que la administración incurrió en una conducta omisiva respecto del pago de las dotaciones y la *indemnización de la carrera administrativa*.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.-

3. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones⁵: Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

4. Señaló que la conducta omisiva de la administración le está vulnerando los derechos fundamentales de la igualdad, el mínimo vital y a elevar peticiones respetuosas a las autoridades, ya que a la terminación de la relación laboral con la entidad demandada no le fueron pagadas las obligaciones laborales que a través de este medio de control se pretenden, por lo que el acto administrativo acusado adolece de nulidad al ser expedido con infracción de las normas señaladas en precedencia.

5. Indicó que la sanción moratoria es un derecho accesorio, pues se origina al vencimiento del plazo de los 45 días hábiles para que el empleador «consigne las cesantías en el fondo al cual se encuentre afiliado el empleado o

⁵ Folios 3 - 7.

efectúe el pago directamente al trabajador»⁶; máxime en los eventos en que pese a la solicitud de reconocimiento de las cesantías, no se imparte el trámite legal, causando un detrimento económico tanto al servidor público y a largo plazo al erario, en tanto aumenta el patrimonio del particular.

6. Señaló que a la terminación de la relación laboral es obligación del empleador cancelar las cesantías definitivas y en el evento en que no exista acto de reconocimiento, los términos previstos en la Ley 244 de 1995 iniciarán en la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento de la aludida prestación social.

2.4. Contestación de la demanda.

7. El **Departamento del Chocó**⁷ consideró en cuanto a los supuestos fácticos que no es cierta la manifestación de la demandante relativa a que ha efectuado varias solicitudes en aras de obtener el reconocimiento de la sanción moratoria, pues solo obra dentro del expediente aquella radicada el 14 de enero de 2010, por lo que para efectos de la interrupción de la prescripción, esta es la única válida.

8. Propuso como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, bajo el argumento que Dasalud Chocó en liquidación es una entidad del orden departamental que goza de autonomía administrativa y presupuestal, razón por la cual, se encuentra en capacidad de responder por las

⁶ Folio 3.

⁷ Folios 75 a 82.

obligaciones laborales derivadas de la relación laboral con la demandante que dio lugar al presente litigio.

9. Indicó que las cesantías son exigibles por parte del empleado una vez finalice el vínculo legal y reglamentario, y en atención a que dicha prestación es de carácter unitario y no periódico, se configuró tanto la caducidad como el fenómeno extintivo de la prescripción, de manera que el derecho reclamado es inexistente.

2.5. Audiencia Inicial.

10. El Tribunal Administrativo del Chocó en la Audiencia Inicial celebrada el 16 de junio de 2014⁸, una vez efectuó el saneamiento del proceso, declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento del Chocó, al considerar que dicha entidad territorial ostenta la personería jurídica, pues Chocó Dasalud no es un ente descentralizado en los términos de la Ley 489 de 1998⁹, sino que pertenece al sector central del departamento; sin embargo, indicó que frente a un eventual restablecimiento del derecho se ordenará con cargo al presupuesto de esta último ente, en virtud de su autonomía en materia de recursos.

11. En cuanto a la caducidad, adujo que por tratarse de un acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, la demanda podía elevarse en cualquier

⁸ FF. 134 a 143 del expediente.

⁹ «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones»

tiempo, conforme al artículo 164 literal d), de la Ley 1437 de 2011, y la prescripción fue interrumpida a través de la petición formulada por la actora el 14 de enero de 2010, por lo que al no configurarse dicho fenómeno respecto de las cesantías, tampoco lo habrá frente a la sanción moratoria.

12. La Magistrada Ponente precisó que en la solicitud formulada ante la autoridad, la demandante «[...] solo reclamó el pago de por concepto de cesantías, y sanción moratoria, no hizo reclamo alguno por concepto de indemnización de la carrera administrativa, es decir, que tal asunto no fue sometido a discusión previa ante la administración [...]»¹⁰; en consecuencia, declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad frente a la pretensión de *indemnización de la carrera administrativa*, decisión que fue notificada en estrados sin que las partes hicieran manifestación alguna.

13. A folio 141 del expediente, se fijó el litigio en los siguientes términos:

« [...] 1.- Se debe establecer en el presente caso si el acto ficto o presunto resultado de la petición realizada el 14 de enero de 2010 es nulo por violación a las normas superiores; se citaron como violadas las siguientes: Ley 244 de 1995, C.N. 1, 2, 13, 25, 53, 90, además se cita jurisprudencia del Consejo de Estado y de este Tribunal. 2. Como consecuencia se debe condenar a la entidad demandada al pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.»

¹⁰ Folio 140.

2.6. Sentencia de primera instancia.

14. El Tribunal Administrativo de Chocó mediante sentencia del 11 de diciembre de 2014¹¹, señaló que el problema jurídico a resolver en la presente *litis*, se concreta en:

« [...] de establecer la legalidad del acto ficto o presunto resultante de la petición de fecha 14 de enero de 2010, por medio de la cual se entiende que la entidad accionada niega el **reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y la correspondiente sanción moratoria prevista en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, y la de la Ley 50 de 1990**, con el consecuente restablecimiento del derecho.» (Resaltado fuera del texto original).

15. Al respecto, el *a quo* consideró que conforme al artículo 3 del Decreto 1978 de 1989¹² y según la jurisprudencia de esta Corporación¹³, para que se origine el derecho a dotación se requiere: i) haber laborado para la respectiva entidad por lo menos 3 meses en forma ininterrumpida antes de la fecha de cada suministro; y ii) devengar menos de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

16. Frente al caso concreto, encontró acreditado que la demandante se desempeñó como ayudante de enfermería del Hospital San Roque del Carmen de Atrato desde 1978 hasta el 31 de marzo de 2007 y recibía una

¹¹ Folios 210 a 222.

¹² « por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 70 de 1988.

[...]

Artículo 3º.- Para tener derecho a la dotación a que se refiere este Decreto, el trabajador debe haber laborado para la respectiva entidad por lo menos tres (3) meses en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro, y devengar una remuneración mensual inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente»

¹³ Al respecto citó: Consejo de Estado – Sección Segunda. Sentencia del 30 de julio de 2009. Rad. 2000-02298-01. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

asignación mensual de \$951.714, razón por la cual, consideró que para el 2007, el SMLMV en Colombia ascendía a las suma de \$433.700, por lo que para acceder a la dotación en dicha anualidad, el empleado debía devengar una suma inferior a \$867.400, y al estar demostrado que en dicha vigencia la actora percibía una remuneración de \$951.714, concluyó que «[...] no tiene derecho al pago de las dotaciones correspondientes a los períodos del 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de 2007, que serían los únicos respecto de los cuales no habría operado el fenómeno de la prescripción, por cuanto la reclamación fue radicada el 1 de enero de 2010 por lo que las acreencias causadas con anterioridad al 1 de enero de 2007, se encuentran prescritas»¹⁴.

17. Adujo que de acuerdo con el extracto individual de cesantías del 7 de julio de 2014 aportado por el FNA, se evidenció que la entidad empleadora efectuó los correspondientes aportes y reportes por concepto de cesantías a favor de la demandante por las anualidades de 1978 a 1984 y de 1986 a 2005; de manera que por las vigencias de 2006 y 2007 no se ha efectuado la consignación.

18. Indicó que en virtud del convenio de sustitución patronal suscrito entre Dasalud Chocó y la Empresa Social del Estado Salud Chocó, se estableció que los centros administrados por la entidad liquidada pasarían a ser operados por la ESE señalada, en cuya acta de empleados que migraron de una entidad a otra a partir del 15 de enero de 2008, se encontraba la señora Rentería Machado, de manera que no hubo rompimiento del vínculo laboral, pues de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978¹⁵, ello solo

¹⁴ Folio 216.

¹⁵ «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales

ocurre cuando medien más de 15 días hábiles de interrupción en el servicio, de tal manera que operó una sustitución patronal a partir de la fecha señalada (15/01/08), sin que se causara el derecho a la liquidación definitiva de las cesantías.

19. El *a quo* concluyó que en el *sub examine* no se configuró la sanción moratoria pretendida, pues la finalidad del legislador al contemplarla en el ordenamiento jurídico consistió en la protección del derecho de los servidores públicos que se desvinculen del servicio, es decir, cuando finaliza la relación legal y reglamentaria; por ende, debido a que en el proceso se demostró que la demandante continúa vinculada laboralmente con la administración, no le era exigible el reconocimiento de las cesantías definitivas, y en consecuencia, tampoco la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995¹⁶ modificada por la Ley 1071 de 2006¹⁷.

20. En cuanto a la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indicó que por tratarse de un beneficio de los empleados afiliados a fondos privados de cesantías; a diferencia de aquellos del FNA, como es el de la demandante, es el consagrado en la Ley 432 de 1998, que previó intereses a favor del fondo en caso de mora del empleador en la consignación de las cesantías.

del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 45. [...] Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles. »

¹⁶ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

¹⁷ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

21. Por lo anterior, resolvió lo siguiente: i) Negar las súplicas de la demanda; ii) Ordenó a Dasalud Chocó en liquidación que en virtud del artículo 103 CPACA adelante las gestiones administrativas, presupuestales y financieras que le corresponden a la demandante por los años 2006 y 2007; y iii) Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación – Seccional Chocó y Procuraduría Regional y Contraloría Departamental para que se investigue la conducta de los funcionarios responsables encargados de la ley.

2.7 Parte demandante – recurso de apelación

22. Reiteró que laboró en Dasalud Chocó en liquidación desde 1978 hasta el 31 de diciembre de 2007 cuando en virtud de la sustitución patronal todos los funcionarios fueron trasladados a la ESE Salud Chocó desde el 1 de enero de 2008, en donde se pactó que la antigua entidad se comprometía a asumir el pasivo derivado de las obligaciones laborales anteriores; por consiguiente, se mantuvo la vinculación que solo finalizó hasta el 12 de noviembre de 2009, con ocasión de la supresión de la planta de personal de dicha empresa social del Estado, entre los que se encontraban el ejercido por la actora como auxiliar de enfermería. En consecuencia, al momento en que presentó la demanda ya no existía relación legal y reglamentaria con la entidad demandada.

23. Manifestó que por lo anterior, no es posible aplicar la prescripción, toda vez que se hace exigible a la terminación del vínculo laboral que para el presente asunto acaeció en el 2009, por lo que debido a que la decisión le fue comunicada a la actora el 2 de diciembre de la misma anualidad y la

reclamación se formuló ante la administración en el 2010, no puede hablarse de la extinción de la penalidad de un día de salario por cada día de retardo en el pago tardío de las cesantías en las anualidades de 1978 al 2000 y del 2006 al 2007, que se convirtió en un derecho cierto ante el incumplimiento de la entidad demandada.

24. Arguyó que de acuerdo con el artículo 281 del Código General del Proceso¹⁸, en la sentencia deberá tenerse en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, siempre que haya sido alegado y que aparezca probado a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio, haciendo referencia a la deuda por concepto de la prestación social causada con anterioridad al acta de sustitución patronal y la terminación de la relación laboral en el 2009, con anterioridad a la demanda ante esta jurisdicción.

25. Finalmente, redundó en que conforme a la Ley 244 de 1995¹⁹ modificada por la Ley 1071 de 2006²⁰, en caso de mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas, se origina la sanción, supuesto fáctico que se encuentra demostrado en este proceso.

¹⁸ « ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS.

[...]

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.»

¹⁹ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

²⁰ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

III. CONSIDERACIONES

26. Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida en primera instancia y sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

3.1 Problema jurídico.-

27. De acuerdo con los cargos formulados por la parte demandante contra la decisión de primera instancia, le corresponde a la Sala:

1) Determinar si con ocasión de la sustitución patronal de Dasalud a la ESE Salud Chocó, ¿se configuró la terminación de la relación laboral y en tal virtud, se hizo exigible el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas?

28. Analizado lo anterior, corresponderá resolver el objeto del litigio, el cual consiste en establecer si en caso de generarse el derecho a la liquidación definitiva de las cesantías por las anualidades de 2006 y 2007 ¿Dasalud en liquidación deberá reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en la Ley

244 de 1995²¹ modificada por la Ley 1071 de 2006²², como consecuencia del terminación de la relación laboral de la ESE Salud Chocó el 12 de noviembre de 2009?

29. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala analizará las normas que establecen la sustitución patronal y los antecedentes jurisprudenciales, para finalmente, establecer si se generó el rompimiento del vínculo laboral y el consecuente derecho al reconocimiento de las cesantías definitivas.

3.1.1 De la sustitución patronal y las consecuencias jurídicas.

30. El artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo define la sustitución patronal como «todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios».

31. Por su parte, el artículo 68 del mismo estatuto regula que la sola sustitución de empleadores **no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.**

32. Igualmente, el artículo 69 *ibidem*, regula la solidaridad entre el empleador sustituto y el sustituido, en los siguientes términos:

²¹ “por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.”

²² “por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.”

«Artículo 69. Responsabilidad de los empleadores.

1. El antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo empleador las satisficiera, puede repetir contra el antiguo.

2. El nuevo empleador responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.

3. En los casos de jubilación, cuyo derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución, las pensiones mensuales que sean exigibles con posterioridad a esa sustitución deben ser cubiertas por el nuevo empleador, pero éste puede repetir contra el antiguo.

4. El antiguo empleador puede acordar con todos o con cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo.

5. Si no se celebrare el acuerdo antedicho, el antiguo empleador debe entregar al nuevo el valor total de las cesantías en la cuantía en que esta obligación fuere exigible suponiendo que los respectivos contratos hubieren de extinguirse por retiro voluntario en la fecha de sustitución, y de aquí en adelante queda a cargo exclusivo del nuevo empleador el pago de las cesantías que se vayan causando, aun cuando el antiguo empleador no cumpla con la obligación que se le impone en este inciso.

6. El nuevo empleador puede acordar con todos o cada uno de los trabajadores el pago definitivo de sus cesantías, por todo tiempo servido hasta el momento de la sustitución, en la misma forma y con los mismos efectos de que trata el inciso 4o. del presente artículo.»

33. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL850-2013²³, señaló que la sustitución patronal opera por el cambio de empleador cualquiera que sea su causa, cuya configuración requiere continuidad en el desarrollo de las actividades de la empresa, en el entendido que no sufra modificaciones en el giro de sus negocios y la explotación económica; y así mismo, igualdad de condiciones de los servicios prestados por los trabajadores, quienes seguirán laborando en ejecución del mismo contrato; por cuanto la finalización de este, impide la configuración de dicha figura. En

²³ Sentencia de 6 de septiembre de 2017. Radicación 51637. M.P. Jimena Isabel Godoy Fajardo.

esta oportunidad, ésta alta Corporación señaló que la finalidad del citado mecanismo jurídico, es impedir el desmejoramiento de la situación de los empleados provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas.

34. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que a efectos de que se configure la sustitución patronal, deberá acreditarse la concurrencia, en cada caso, de los siguientes elementos:

« [...] Para que se produzca la sustitución patronal la jurisprudencia ha reiterado que tres son las condiciones esenciales, a saber: 1. El cambio de un patrono por otro. 2. La continuidad de la empresa o identidad del establecimiento. 3. Continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo».²⁴

35. A su vez, la Corte Constitucional en sentencia T-954/11²⁵, precisó los elementos determinantes de la existencia de la figura de la sustitución de empleadores y señaló que el objetivo de la misma, consiste en mantener la unidad de los contratos laborales para propender así por la protección y continuidad de los derechos de los trabajadores, que por su naturaleza son la parte débil de la relación laboral, siempre que concurren los anteriores elementos:

« (i) Cambio de empleadores;
(ii) Continuidad de la empresa, establecimiento o negocio y la conservación del giro de sus actividades; y
(iii) Continuidad del trabajador. »

²⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral. SL15929 de 3 de octubre de 2017. Radicación 50889. M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero.

²⁵ C.P. Jorge Iván Palacio Palacio

36. Si bien la sustitución patronal es una figura jurídica de derecho privado, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que dicho fenómeno no es exclusivo de las entidades de derecho privado. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil al resolver una consulta formulada por el Ministro de Minas y Energía sobre la sustitución patronal originada en la escisión de Interconexión Eléctrica S.A. - ISA, señaló lo siguiente:

«[...] Ha sido pacífica la jurisprudencia de esta Corporación, con apoyo en la normatividad aludida, que la sustitución patronal no altera las relaciones laborales de los trabajadores consignadas en la ley, los contratos individuales, o en las convenciones o pactos colectivos, los cuales conservan su vigencia plena haciendo responsables solidariamente ante los trabajadores a los dos patronos, anterior y sustituto y que las disposiciones más favorables, lo mismo que las convenciones y decisiones arbitrales, se aplican de preferencia (Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 699, Consulta del 28 de junio de 1995, Consejero Ponente. Doctor Luis Camilo Osorio Isaza). La sustitución de patronos, representa entonces el cambio de un empleador por otro, en atención a distintas causas, sin que ello implique el cese en el giro ordinario de sus negocios, y sin que terminen las relaciones de trabajo vigentes.

Se ha enfatizado, además, que la simple sustitución patronal no suspende, ni modifica, ni extingue los contratos de trabajo vigentes, por lo que estos prosiguen, se conservan o mantienen en intactas condiciones con el nuevo empleador, máxime si se tiene en cuenta que dentro de este fenómeno laboral no son parte los trabajadores y, por ende, no pueden verse afectados sus derechos. “Toda sustitución patronal supone identidad de empresa” (Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral, sentencia del 5 de marzo de 1981). [...]»²⁶

37. Igualmente, la subsección homologa de esta Sala de decisión²⁷ en recientes pronunciamientos ha reiterado la anterior postura jurisprudencial y

²⁶ Ver sentencia del 24 de octubre de 2012 con ponencia del Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación 25000232500020060820301 (2411-11). Fabio Soler Sánchez contra la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación.

²⁷ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 11 de septiembre de 2017. Rad. 27001-23-33-000-2013-00259-01(0890-15). C.P. William Hernández Gómez. Ver, entre otras: sentencias de 12 de julio de 2017. Exp. 27001-23-33-000-2013-00187-01(3753-14); de 6 de julio de 2017. Exp. 270012333000201300112-01 (4026-2014). Sentencia del 22 de marzo de 2018. Rad. 27001-23-33-000-2013-00032-01 (4287-14). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

ha señalado que a efectos de que opere la figura de la sustitución patronal deben reunirse tres condiciones, a saber: «i) el cambio de un patrono²⁸ a otro; ii) la continuidad del objeto social de la empresa; y iii) la continuidad de los servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo.»

3.1.2 Antecedentes jurisprudenciales

38. La Sección Segunda en sus Subsecciones A y B²⁹ 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

²⁸ Ahora empleador.

²⁹ 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).

³⁰ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

³¹ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

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 vínculo laboral; no obstante, de que ella solo laboró en Dasalud hasta el 31 de diciembre de 2007³² (f. 24), ya que no se presentó el fenómeno de solución de continuidad.**³³

[...]

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 Segunda³⁴ 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

³² Certificación del jefe de la división de talento humano del departamento administrativo de salud del Chocó, de 11 de julio de 2012.

³³ Decreto 1045 de 1978, artículo 10. «[...] Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad».

³⁴ 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.

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 expidieron 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 definitivamente el 1.º de marzo de 2009³⁵ 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**

³⁵ Conforme se observa en la certificación obrante a folio 127 del cuaderno 1.

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 Ahorro³⁶, 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.

³⁶ Visible a folios 129 y 131 a 138 *ibidem*.

3.2 De la solución del caso.

41. En el *sub júdice*, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la demandante no acreditó la finalización de la relación laboral, pues de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978³⁷, ello solo ocurre cuando transcurran más de 15 días hábiles de interrupción en el servicio, de tal manera que operó una sustitución patronal a partir del 15 de enero de 2008, sin que se causara el derecho a la liquidación definitiva de las cesantías, y en consecuencia, tampoco la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995³⁸ modificada por la Ley 1071 de 2006³⁹.

42. La parte demandante impugnó la decisión, al señalar que debido a que se encuentra probado y se alega en esta etapa procesal, que pese a la sustitución patronal por la cual la demandante fue trasladada a la ESE Salud Chocó a partir del 1 de enero de 2008, la entidad demandada, esto es, Dasalud Chocó en liquidación está obligada al pago de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2007, y dado que la relación laboral finalizó en el 2009 por la supresión de la empresa social del Estado señalada, de modo que para la fecha de presentación de la demanda ya no se encontraba vigente la relación laboral con la demandante.

³⁷ «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 45. [...] Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles. »

³⁸ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

³⁹ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

43. Establecido lo anterior, y a efectos de resolver el caso, se hace necesario analizar el siguiente acervo probatorio:

- De los documentos relacionados con la vinculación laboral de la demandante. Con la demanda se aportaron los siguientes documentos

1) Copia de la Resolución 210 del 31 de marzo de 1978, expedida por el Jefe del Servicio de Salud del Chocó, por el cual nombró a la demandante en el cargo de Promotora Rural Voluntaria⁴⁰.

2) Copia del Acta 130, en la que consta la posesión de la señora Rentería Machado en el cargo de Ayudante de Enfermería para el cual fue nombrada mediante la Resolución 1367 del 6 de septiembre de 1989⁴¹, supuesto fáctico que no es objeto de debate en el presente asunto.

3) Copia del Acta de Sustitución Patronal suscrita entre el Agente Interventor de Dasalud y la Representante Legal de la ESE Salud Chocó, el 26 de marzo de 2008, a partir del 15 de enero de la misma anualidad, por medio de la cual se transfiere «el recurso humano que labora en los hospitales, centros y puestos de salud» a la empresa social del Estado señalada, y la sustitución patronal de las obligaciones laborales, legales y extralegales, en los siguientes términos:

⁴⁰ Folio 52.

⁴¹ Según se observa a folio 40.

« [...] **Primero.** Que acatando lo ordenado en la sentencia No. 188 del 4 de septiembre de 2007, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Quibdó, mediante la cual se le ordena al Agente Interventor de DASALUD CHOCÓ, el cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 2 de la Ordenanza 027 del 26 de diciembre de 2005, consistente en transferir el recurso humano que labora en los hospitales, centros y puestos de salud que se encontraban adscritos a DASALUD CHOCÓ a la Empresa Social del Estado Salud Chocó. **Segundo:** Que como consecuencia del fenómeno de la sustitución patronal y en virtud del presente convenio, la ESE SALUD CHOCÓ asume las obligaciones para con cada uno de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en las condiciones económicas establecidas en las normas laborales aplicables que rigen para cada uno de ellos en DASALUD CHOCÓ. **Tercero.** Que en virtud de la sustitución patronal, consecuencia de la escisión de DASALUD CHOCÓ, [...] se mantiene[n] las condiciones de trabajo y prestaciones legales que existen entre los distintos empleados que son sustituidos por la ESE SALUD CHOCÓ.

CLAÚSULA PRIMERA. SUSTITUCION PATRONAL. DASALUD CHOCO y la E.S.E. SALUD CHOCO acuerdan y reconocen que, a partir de la fecha efectiva opera entre las partes la sustitución patronal de todas las obligaciones laborales, legales y extralegales, de conformidad con las normas laborales, respecto de los siguientes empleados públicos y trabajadores oficiales:
[...]

CENTRO DE SALUD ATRATO				
N.º	CEDULA	APELLIDOS Y NOMBRES	CARGO	ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL
4	26.290.181	MARÍA AMELIS RENTERIA M.	AUXILIAR ENFERMERÍA	947.182

[...]»

44. La fecha efectiva en que operó la sustitución patronal se estipuló en el párrafo primero de esta cláusula como el **15 de enero de 2008**⁴².

45. En lo concerniente a las obligaciones laborales de carácter laboral, en las cláusulas tercera y cuarta se pactó lo siguiente:

⁴² Folio 48.

« [...] **CLÁUSULA TERCERA.** DASALUD CHOCÓ asume la totalidad de las obligaciones de carácter laboral, [...] resultantes de las normas laborales aplicables que se hayan generado y/o causado antes de la fecha efectiva [...]. Todas las sanciones, recargos, liquidaciones, indemnizaciones o cualquier otro concepto distinto a los contemplados [...] que se causen con posterioridad a la fecha efectiva pero que tengan origen en el no pago, en el retardo o en el incumplimiento total de las obligaciones causadas a cargo de DASALUD CHOCÓ antes de la fecha efectiva. **CLÁUSULA CUARTA.** DASALUD CHOCÓ se obliga a pagar todas las obligaciones laborales de los empleados que, de acuerdo con las normas laborales aplicables, sean exigibles antes de la fecha efectiva. La ESE SALUD CHOCÓ se obliga, por su parte, a hacer el pago por su propia cuenta, de todas las obligaciones laborales que, de acuerdo con las normas laborales aplicables, sean exigibles después de la fecha efectiva.»⁴³

4) Copia del Acta de transferencia y/o entrega de activos y pasivos afectos a la prestación del servicio de Salud que prestaba Dasalud a la ESE Salud Chocó, así como la sustitución patronal del personal que laboraba en la entidad intervenida, suscrita por el Agente Interventor del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social de la entidad territorial demandada y la Gerente de la Empresa Social del Estado Salud Chocó el 17 de enero de 2008⁴⁴, con el fin de que **asumiera la prestación de los servicios de salud en el Departamento del Chocó**. En cuanto al traslado del recurso humano, se dispuso lo siguiente:

« [...] **EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL CHOCÓ – DASALUD CHOCÓ** procede a realizar entrega a la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SALUD CHOCÓ** del recurso humano que labora en los Hospitales, Centros y Puestos de Salud que a 26 de diciembre de 2005, (fecha de sanción de la ordenanza 027 de 2005), se encontraban adscritos a **DASALUD CHOCÓ**, manteniendo nomenclatura, nombre y asignación mensual de cada uno de los cargos [...].»⁴⁵

⁴³ Folios 48 y 49.

⁴⁴ Folios 19 - 21.

⁴⁵ Folio 20.

46. De acuerdo con lo anterior, tal como se planteó por el Tribunal Administrativo del Chocó en la sentencia de primera instancia, en el presente caso se configuró una sustitución patronal entre Dasalud Chocó en liquidación y la ESE Salud Chocó, circunstancia que no es objeto de controversia en el recurso de apelación interpuesto por la demandante. Por el contrario, afirma que en virtud del acuerdo bilateral celebrado entre el antiguo y el nuevo empleador, la señora Rentería Machado fue una de las funcionarias trasladadas a la empresa social del Estado, y en tal virtud, la relación laboral se mantuvo vigente hasta el 12 de noviembre de 2009 cuando se suprimió la ESE Salud Chocó.

47. En ese orden de ideas, debido a que en el caso concreto en efecto, se encuentra acreditado que se configuró una sustitución patronal entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, por lo que **no surgió la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas**, por cuanto al 31 de enero de 2007 no había finalizado la relación laboral, y en tal sentido, no era exigible el derecho en favor de la señora María Amelis Rentería Machado.

48. Ahora bien, la parte actora alegó que en todo caso si bien no se generó la ruptura del vínculo legal y reglamentario por el convenio de sustitución entre empleadores, a la fecha de la presentación de la demanda ya no se encontraba vinculada con la administración, pues alegó como hecho nuevo, la supresión de la ESE Salud Chocó en el 2009, razón por la cual, para la fecha en que presentó la demanda, en todo caso, ya había terminado la relación laboral.

49. Frente a ello, esta Corporación ha sostenido que no es posible variar los fundamentos fácticos sustento de las pretensiones a través de la apelación

de la sentencia de primera instancia, según lo ha señalado el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras de materializar el derecho de defensa de la contraparte y el principio de congruencia al cual se encuentra obligado el juez⁴⁶, en virtud del mandato constitucional previsto en el artículo 230 Superior⁴⁷.

50. Por consiguiente, si bien la actora precisa que en virtud de la supresión de la ESE Salud Chocó finalizó el vínculo laboral a partir del 12 de noviembre de 2009, se precisa que la discusión versó acerca de la vigencia de la relación laboral sustituida entre el antiguo y nuevo empleador, por lo que no se acreditó la terminación de la misma el 31 de diciembre de 2007, y sin que el hecho nuevo alegado por la actora en el recurso de apelación influya en la resolutive de la presente decisión, toda vez que la sanción moratoria pretendida por la demandante en su parecer, se originó como consecuencia de la omisión en el reconocimiento de las cesantías definitivas derivadas de la finalización del vínculo con Dasalud – Chocó en liquidación en el 2007.

51. De otra parte, la parte actora arguye que Dasalud Chocó en liquidación es responsable de las cesantías causadas con anterioridad a la fecha efectiva de la sustitución patronal, esto es, el 15 de enero de 2008, refiriéndose de manera concreta a las cesantías causadas por las anualidades de 1978 al 2000 y del 2006 al 2007.

⁴⁶ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de febrero de 1995. Exp. S-123. C.P. Consuelo Sarria Olcos.

⁴⁷ « ARTICULO 230. **Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.**» (Se resalta).

52. Al respecto, en virtud de la prueba decretada en la Audiencia Inicial⁴⁸, el Jefe de División de Afiliados y Entidades del Fondo Nacional del Ahorro allegó el Oficio 201465001439051 del 8 de julio de 2014⁴⁹, en el que informó lo siguiente:

« [...] la señora **MARÍA AMELIS RENTERÍA MACHADO**, [...], aparece en la misma como retirada del Fondo Nacional del Ahorro por Servisalud del Chocó, entidad que aportó y reportó cesantías a su nombre correspondientes a **las vigencias fiscales de 1978 a 1984 y de 1986 a 2005**, en las cuantías y fechas señaladas en los Extractos que anexamos al presente oficio, en los cuales se puede observar además los intereses y la pérdida contra el valor adquisitivo de la moneda que el FNA le reconoció y abonó en cuenta sobre los dineros consignados, **los pagos que de cesantías efectuó al crédito hipotecario que le fue otorgado por el FNA**, al pago de intereses de mora de cartera de la misma obligación hipotecaria y los retiros de cesantías que efectuó [...].

Por la ESE Salud Chocó en liquidación, le aparecen aportes y reportes de cesantías a su nombre correspondientes a las vigencias fiscales de 2008 a 2010.

De otra parte es necesario aclarar que Servisalud Chocó [...], solo ha legalizado ante el FNA lo reportes anuales consolidados de **sus trabajadores afiliados al FNA hasta la vigencia fiscal del 2005**, [...] no ha sido posible legalizar las vigencias fiscales siguientes, no obstante haber enviado a la entidad los reportes mensuales y anuales consolidados, por no tener por aportes en su cuenta empresarial el dinero suficiente para cubrir el valor de dichos reportes, ya que la suma que reposa allí, no alcanzaría ni para cubrir los intereses de mora causados a favor del FNA por la extemporaneidad en la consignación de los aportes, **ni el reporte correspondiente al mes de enero del año 2006**»⁵⁰

53. Tal como lo señaló el funcionario del FNA, se aportaron los siguientes documentos:

⁴⁸ Folio 142 del expediente.

⁴⁹ Folios 146 – 148.

⁵⁰ Folio 148.

1) El extracto interno de cesantías del 7 de julio de 2014, en el que se observan consignaciones por las anualidades de **1978 a 1998** y retiros parciales en las siguientes fechas: 09/11/1998, 20/03/1999 y 20/07/1999⁵¹.

2) El extracto individual de la misma fecha, en el cual se evidencian los siguientes abonos y retiros por las anualidades de **1999 a 2009**⁵²:

ABONOS				RETIROS			
Año	Movimiento	Fecha	Valor	Año	Movimiento	Fecha	Valor
1999	Reporte migrado	14/08/00	825.137	2000	Abono a crédito hipotecario	14/08/00	825.137
2000	Consolidación cesantías	22/02/01	730.056	2001		2001	775.902
2001		11/04/02	864.804	2002		11/04/02	930.468
2002		25/11/03	864.804	2006	Intereses de mora cesantías	24/03/06	1.138.624
2003		17/03/06	977.352	2007		23/03/07	1.150.627
2004		16/03/07	989.880	2009		23/10/09	1.415.680
2005		2009	1.118.202				

54. De acuerdo con las pruebas documentales aportadas por el FNA, se observa que tal como lo consideró el *a quo*, a la demandante se le han efectuado los aportes correspondientes al auxilio de cesantías durante la vigencia de la relación laboral y los correspondientes abonos al crédito hipotecario con el fondo, con excepción del período comprendido por las **anualidades 2006 y 2007**, pasivo que de acuerdo con las cláusulas tercera y cuarta del Acta de Sustitución Patronal suscrita entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, le corresponde a la antigua entidad empleadora, tal como se ordenó en el fallo controvertido, por estipularse su obligación cancelar las cesantías definitivas y demás prestaciones salariales y sociales causadas con anterioridad a la fecha efectiva, esto es, el 15 de enero de 2008; sin

⁵¹ Folio 151.

⁵² Folios 152 a 155.

embargo, en virtud del numeral 4 del artículo 69 del CST⁵³ citado en precedencia, se señala que esa regla jurídica consagra una facultad al antiguo empleador para **acordar o convenir** con todos o cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías como si se tratara de una finalización del vínculo contractual o legal y reglamentario, sin que se entienda terminado el mismo.

55. Por lo anterior, se concluye que tal como lo ha considerado esta Corporación⁵⁴, la regla citada no constituye un imperativo que deba ser acatado por el antiguo empleador, puesto que el numeral siguiente (5) *ibídem*, el legislador previó que en caso de no celebrarse dicho acuerdo, el antiguo empleador debe entregar al nuevo, el valor total de las cesantías causadas a la fecha en que se realice efectivamente la sustitución patronal, de manera que en atención a que en el caso concreto ocurrió una sustitución patronal entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, la cual no implica *per se* el deber de reconocer y cancelar las cesantías causadas hasta la fecha en que se lleva a cabo dicha sustitución a modo de liquidación de las cesantías definitivas, resulta claro que al 15 de enero de 2008 no se había hecho exigible el derecho a favor de la señora María Amelis Rentería Machado sobre las cesantías definitivas, como lo pretende, porque no hubo una terminación del vínculo laboral.

⁵³ «ARTICULO 69. RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADORES.

[...]

4. El antiguo empleador puede acordar con todos o con cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo.

5. Si no se celebrare el acuerdo antedicho, el antiguo empleador debe entregar al nuevo el valor total de las cesantías en la cuantía en que esta obligación fuere exigible suponiendo que los respectivos contratos hubieren de extinguirse por retiro voluntario en la fecha de sustitución, y de aquí en adelante queda a cargo exclusivo del nuevo empleador el pago de las cesantías que se vayan causando, aun cuando el antiguo empleador no cumpla con la obligación que se le impone en este inciso.»

⁵⁴ Sentencia del 6 de julio de 2017. Rad. 270012333000201390018-01 (3408-2014). C.P. William Hernández Gómez

56. De otro lado, en cuanto a la pretensión de reconocimiento prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁵⁵, el hecho generador que configuraría la sanción moratoria consiste en el incumplimiento del empleador de consignar oportunamente las cesantías de sus empleados, se hubiere producido si la actora se encontrara regulada por el régimen anualizado manejado a través de los fondos privados de cesantías, de manera que se hubiere hecho exigible la consignación del valor de la cesantía liquidado con anterioridad al 14 de febrero de cada anualidad.

57. Lo anterior, por cuanto al encontrarse acreditada su afiliación al FNA, su sistema de liquidación es el previsto en la Ley 432 de 1998⁵⁶, en donde la entidad pública empleadora deberá transferir al fondo una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías devengadas en el mes inmediatamente anterior, y que ante el incumplimiento del empleador, establece a favor del fondo, el cobro a las entidades empleadoras intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora, de conformidad con el

⁵⁵ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: Ver Oficio de fecha 25.11.98. Secretaría Distrital de Salud. Fondo Nacional del Ahorro. CJA09751998

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. **El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.**» (Se realta)

⁵⁶ «Por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones»

artículo 22 del Decreto 1453 de 1998⁵⁷. De manera que por disposición legal y tal como lo ha sostenido la jurisprudencia pacífica de esta Corporación⁵⁸, se trata de regímenes diferentes de liquidación que no pueden ser equiparables en virtud del objeto que uno y otro desarrollan frente a sus afiliados.

58. Por lo expuesto, la Sala de decisión reitera que en el caso concreto, se acreditó la vigencia de la relación laboral en virtud del acta de sustitución patronal celebrada entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, que operó a partir del 15 de enero de 2008 y al ser beneficiaria del sistema del FNA, en virtud del objeto social y las características de esta empresa industrial y comercial del Estado, es susceptible de otras prerrogativas encaminadas a la solución de su problema de vivienda y educación, como es el caso de la demandante, a quien el FNA le otorgó un crédito hipotecario, según se observa del extracto individual de cesantías.

59. En consecuencia, se confirmará la decisión proferida por el Tribunal Administrativo el Chocó del 11 de diciembre de 2014, en cuanto negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990⁵⁹ y Ley 244 de 1995⁶⁰, modificada por la Ley 1071 de 2006⁶¹.

⁵⁷ «Por el cual se reglamenta la Ley 432 de 1998, que reorganizó el Fondo Nacional de Ahorro, se transformó su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.»

⁵⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 5 de diciembre de 2013. Rad. No. 08001-23-31-000-2011-01269-01 (0229-2013). C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. En el mismo sentido, sentencia del 14 de junio de 2018. Rad. 08001233300020130035702 (1672-2016). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En igual sentido, sentencia del 21 de junio de 2018. Rad. 27001233300020140000801. .P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁹ *Ibidem* 55.

⁶⁰ “por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.”

⁶¹ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

60. En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 11 de diciembre de 2014, en cuanto negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER