

AUXILIO DE CESANTÍAS – Definición / AUXILIO DE CESANTÍAS – Finalidad

Las cesantías son una prestación social a favor del trabajador que debe pagar el empleador como contraprestación por las actividades que realiza, con la finalidad de que las utilice para satisfacer sus necesidades en el evento en que cese su vinculación laboral.

SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DEL AUXILIO DE CESANTÍAS – Naturaleza jurídica / SANCIÓN MORATORIA – Autonomía / PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA – Procedencia

La indemnización moratoria por el pago tardío de dicho auxilio, hace parte del derecho sancionador por el incumplimiento de una obligación del empleador, la que carece de carácter accesorio e imprescriptible, ya que (i) se causa por su no pago y no depende directamente del reconocimiento de las cesantías, ni hace parte de ellas, dado que se genera de manera excepcional, cuando el empleador omite su deber de cancelarlas dentro de los términos legales; y (ii) dada la naturaleza sancionatoria de la indemnización por mora, no puede considerarse como un derecho exento del término de prescripción, so pena de vulnerar disposiciones legales que consagran que no existirán sanciones imprescriptibles.

CESANTÍAS DEFINITIVAS – Causación / SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS- Causación

En vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el término de ejecutoria del acto administrativo es de diez días, como lo preceptúa el artículo 76, motivo por el cual el tiempo con el que cuenta la Administración para reconocer, liquidar y pagar el auxilio de cesantías es de 70 días hábiles a partir de la solicitud, como lo ha sostenido esta subsección, comoquiera que transcurridos aquellos, se genera la sanción moratoria.

NOTA DE RELATORÍA: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de marzo de 2017, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad.: 3815-15.

FUENTE FORMAL: LEY 344 DE 1996 / LEY 244 DE 1995 – ARTÍCULO 1 / LEY 244 DE 1995 – ARTÍCULO 2 / LEY 50 DE 1990 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 76

SUSTITUCIÓN PATRONAL – Definición / SUSTITUCIÓN PATRONAL – Efectos / SUSTITUCIÓN PATRONAL – Presupuestos

Recuérdese que 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 no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios», la cual, por sí sola, « [...] no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes». En ese orden de ideas, dicha sustitución se configura siempre y cuando se colmen tres presupuestos: (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.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 67 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 68

SUSTITUCIÓN PATRONAL / CESANTÍAS DEFINITIVAS – No exigibilidad / SANCIÓN MORATORIA – Improcedencia

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, no se configuró una ruptura del vínculo laboral, máxime cuando no hubo solución de continuidad, ya que no trascurrieron más de 15 días hábiles de interrupción en el servicio. De tal manera que al reclamar la actora la sanción moratoria de las cesantías definitivas de los años 2006 y 2007, con fundamento en la Ley 244 de 1995, se advierte que tal disposición no es aplicable a su situación, en razón a que, como se expuso en líneas anteriores, el vínculo laboral de aquella continuó vigente, en atención a la aludida sustitución patronal, y en ese sentido, no colmó el presupuesto de retiro del servicio, requisito sine qua non para reclamar las cesantías definitivas que deprecia, por lo que, como lo concluyó el a quo, tal pretensión no tiene prosperidad. NOTA DE RELATORÍA: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 16 de noviembre de 2017, C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas, rad.: 3319-14.

CONDENA EN COSTAS – Criterio subjetivo

Por otra parte, se tiene que en el escrito de apelación la demandante solicita la revocación del fallo de primera instancia en su integridad, lo cual incluye la condena en costas impuesta y las agencias en derecho que corresponde a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso; al respecto la Sala estima que el a quo aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, a la parte vencida, pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que esta pudo incurrir, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena. NOTA DE RELATORÍA: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 1 de diciembre de 2016, C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter, rad.: 1908-14.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 188 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 365

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 27001-23-33-000-2013-00171-01(3750-14)

Actor: ROSA AMELIA MANGA PORRAS

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL CHOCÓ (DASALUD)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Cesantías definitivas, intereses y sanción moratoria por pago tardío de aquellas

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 10 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 1 a 11). La señora Rosa Amelia Manga Porras, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el departamento del Chocó - Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (Dasalud), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo frente a la petición formulada el 15[1] de septiembre de 2009 por la actora, ante el agente interventor de Dasalud, orientada a obtener «[...] el pago de las cesantías, y sanción moratoria correspondiente a los años 2006 [y] 2007» que ese organismo le adeudaba.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene al ente territorial accionado y a Dasalud reconocerle las cesantías de los años 2006 y 2007, los intereses generados por el no pago oportuno de aquellas y la respectiva sanción moratoria prevista en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, valores que deberán ser indexados.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la demandante que prestó sus servicios al departamento del Chocó, pues laboró como citotecnóloga en el Hospital Lascario Barboza Avendaño del municipio de Acandí, el cual estaba adscrito a Dasalud, desde el 14 de marzo de 2003[2] hasta el 30 de diciembre de 2007, con una asignación mensual de \$952.962.

Aduce que la Administración no «[...] transfirió las cesantías correspondientes [...]» a las anualidades 2006 y 2007 al fondo al que se encontraba afiliada, lo que la obliga a su pago, junto con los respectivos intereses y sanción moratoria por cancelación tardía de aquellas.

Que por lo anterior, el 15 de septiembre de 2009 pidió de Dasalud el reconocimiento de las cesantías definitivas, sus intereses y la sanción moratoria a que haya lugar, frente a lo cual no emitió pronunciamiento, por lo que operó el silencio administrativo negativo.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo ficto demandado la Ley 244 de 1995 y los artículos 23 y 86 de la Constitución Política y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002.

Arguye que «[...] [e]l no pago oportuno de [sus] salarios y prestaciones sociales [...], conlleva una vulneración [a sus] derecho[s] al trabajo y [...] mínimo vital, pues impide que [...] atiend[a] en debida forma sus necesidades básicas de alimentación, vestuario, vivienda, educación [y] salud».

1.5 Contestaciones de la demanda. El departamento del Chocó contestó de manera extemporánea (ff. 165 a 169), mientras que el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (Dasalud) guardó silencio.

1.6 Providencia apelada (ff. 243 a 252). El Tribunal Administrativo del Chocó, mediante sentencia de 10 de julio de 2014, negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la demandante, al considerar que ella no «[...] probó que [...] hubiera radicado solicitud de pago de cesantías definitivas al Fondo Nacional del Ahorro, con el cumplimiento de los requisitos legales [...]». Además, se evidencia «[...] del acta de Sustitución Patronal suscrit[a] entre [...] DASALUD – CHOCÓ y la Empresa Social del Estado Salud Chocó (ESE SALUD CHOCÓ), [...] que a partir del 15 de enero de 2008, los centros administrados por Dasalud pasar[on] a ser operados por la ESE SALUD CHOCÓ [...]», de lo que se concluye que la actora «[...] se encuentra incluida entre los empleados que migraron de DASALUD – CHOCÓ a la ESE SALUD CHOCÓ», sin solución de continuidad, y en ese sentido, «[...] no se configura la solicitada sanción moratoria, establecida en la Ley 244 de 1995, pues de conformidad con el espíritu de la comentada disposición, tal figura se instituyó para proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio, es decir, esta – la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas- se genera cuando se rompe el vínculo laboral [...]».

Que «[d]e conformidad con el certificado de extracto individual del Fondo Nacional del Ahorro, se puede colegir que a la [accionante], el Hospital Lascario Barboza de Acandi [sic], le canceló las cesantías correspondiente[s] a los años 1994 al 2010, entidad q[ue] asumió la obligación de cancelar las cesantías a la demandante, razón por la cual no hay lugar, de ordenar a la entidad demandada [...] consignar dicho componente al Fondo Nacional del Ahorro [...]».

1.7 Recurso de apelación (ff. 259 a 263). Inconforme con la anterior sentencia, la demandante, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que en el acta de sustitución patronal a que hace referencia el a quo se dejó consignado que Dasalud se obligaba a pagar «[...] todas las obligaciones laborales de los empleados, que de acuerdo a las normas laborales aplicables sean exigible[s] antes del 15 de enero d[e] 2008 [...]», fecha a partir de la cual la encargada de hacer dichas erogaciones sería la Empresa Social del Estado (ESE) Salud Chocó, ya que inició «[...] operaciones y funcionamiento como institución prestadora de servicio de salud el 18 [...]» siguiente, por lo que está en cabeza de la parte demandada la obligación de cancelar las acreencias que se deprecian en este asunto, por haber sido causadas con anterioridad al 15 de enero de 2008.

Que resulta procedente la liquidación definitiva de sus cesantías, en atención a la sustitución patronal que existió, dado que esto implicó la terminación de su vínculo laboral, para iniciar uno nuevo con un empleador diferente para el que prestaba sus servicios.

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la actora fue concedido mediante proveído de 12 de agosto de 2014 (ff. 266 y 267) y admitido por esta Corporación a través de auto de 20 de octubre siguiente (f. 283), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 4 de febrero de 2015 (f. 291), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, de

conformidad con lo establecido en el artículo 247 del CPACA, oportunidad en la que guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar (i) si la relación laboral entre la actora y el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (Dasalud) se extinguió el 31 de diciembre de 2007 o, por el contrario, se extendió al operar el 15 de enero de 2008 la sustitución patronal entre la mencionada entidad y la ESE Salud Chocó; y (ii) si la demandante tiene derecho al auxilio de cesantía definitiva de los años 2006 y 2007 y al pago de la sanción moratoria.

3.3 Marco normativo y jurisprudencial. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Las cesantías son una prestación social a favor del trabajador que debe pagar el empleador como contraprestación por las actividades que realiza, con la finalidad de que las utilice para satisfacer sus necesidades en el evento en que cese su vinculación laboral.

Por su parte, la indemnización moratoria por el pago tardío de dicho auxilio, hace parte del derecho sancionador por el incumplimiento de una obligación del empleador, la que carece de carácter accesorio e imprescriptible[3], ya que (i) se causa por su no pago y no depende directamente del reconocimiento de las cesantías, ni hace parte de ellas, dado que se genera de manera excepcional, cuando el empleador omite su deber de cancelarlas dentro de los términos legales[4]; y (ii) dada la naturaleza sancionatoria de la indemnización por mora, no puede considerarse como un derecho exento del término de prescripción, so pena de vulnerar disposiciones legales que consagran que no existirán sanciones imprescriptibles.

En lo que atañe a la indemnización moratoria por el pago tardío o extemporáneo de las cesantías, la Ley 344 de 1996[5], que remite al artículo 99 de la 50 de 1990,[6] refiere a las anualizadas, y la Ley 244 de 1995[7], adicionada y modificada por la 1071 de 2006[8], regula lo concerniente a las cesantías definitivas y parciales.

Para el interés del asunto sub examine, la Ley 244 de 1995 determina:

Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo.- En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitencionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días

hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.

En ese contexto, la entidad pública empleadora debe expedir la correspondiente resolución dentro de los 15 días siguientes a la solicitud (cesantías parciales o liquidación de cesantías definitivas, según el caso) del interesado y tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles para su pago, a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de pagar un día de salario por cada día de retardo hasta su sufragación efectiva.

Al respecto, la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado, en fallo de 27 de marzo de 2007, radicado 276001-23-31-000-2000-02513-01 (2777-2004) IJ, proferido en vigor del Código Contencioso Administrativo (CCA), unificó el criterio respecto de la forma de contabilizar ese término, así:

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no a la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria.

[...]

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía (...) el tiempo a partir del cual comienza el término para que se genere la indemnización moratoria será la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Sobre el mismo tema, la sección segunda de esta Corporación en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016[9], en lo concerniente a la reclamación, explicó que «[...] entre la fecha del retiro del servicio y la fecha en que empieza a correr la indemnización moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías definitivas, existe un lapso de por lo menos 65 días, durante los cuales se hace la reclamación de las prestaciones definitivas, se expide la resolución para su liquidación, se notifica y queda en firme ese acto administrativo y, finalmente, se realiza el pago dentro del término que prevé la Ley 244 de 1995», comoquiera que vencido el anterior, se causa la sanción moratoria.

No obstante, en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el término de ejecutoria del acto administrativo es de diez días, como lo preceptúa el artículo 76[10], motivo por el cual el tiempo con el que cuenta la Administración para reconocer, liquidar y pagar el auxilio de cesantías es de 70 días hábiles a partir de la

solicitud, como lo ha sostenido esta subsección[11], comoquiera que transcurridos aquellos, se genera la sanción moratoria.

Dicho en otras palabras, el término a partir del cual se hace exigible la sanción moratoria, por el pago tardío de las cesantías definitivas, comprende las siguientes posibilidades:

- (i) 45 días hábiles a partir del día siguiente de la ejecutoria (5 días hábiles en vigor del CCA o 10 con el CPACA) del acto que reconoce las cesantías definitivas; o en su defecto.
- (ii) Cuando al cabo de los 15 días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud por el interesado, esta no se resuelve o no se profiere el acto que las reconoce, se tendrá en cuenta la fecha de presentación, para contar 65 (CCA) o 70 (CPACA) días hábiles, que transcurridos, a partir del día hábil siguiente se causará la sanción moratoria.

3.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, el material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

- a) Acta de sustitución patronal (ff. 65 a 87), suscrita el 26 de marzo de 2008 entre el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (Dasalud) y la ESE Salud Chocó, en la que consta que se transfirió el personal que laboraba en los hospitales, centros y puestos de salud adscritos a Dasalud a la mencionada ESE, dentro del cual se encontraba la demandante, razón por la que aquella asumió las respectivas obligaciones laborales a partir del 15 de enero de ese año, y las causadas con anterioridad serían responsabilidad de Dasalud.
- b) Escrito de 15 de septiembre de 2009 (ff. 14 a 25), presentado por la actora el 21 siguiente ante el interventor de Dasalud, mediante el cual pidió el pago de las cesantías de las anualidades de 2006 y 2007, sus intereses y la sanción moratoria por pago tardío, lo cual reiteró el 12 de agosto de 2012 (ff. 40 a 46).
- c) Resolución 1085 de 19 de diciembre de 2011 (ff. 209 y 210), mediante la cual la ESE Salud Chocó resolvió el recurso de reposición interpuesto por la accionante contra la Resolución 1054 de 25 de noviembre de esa anualidad, que le reconoció a aquella la deuda laboral y prestaciones sociales causadas por el vínculo laboral que existía entre ambas, en el sentido de modificar su monto, conforme a la liquidación que obra en el folio 211, lo cual fue aceptado por la actora en esa fecha (f. 212).
- d) Memoriales de 13 de abril (ff. 180 a 192) y 24 de mayo (f. 179) de 2012, con los que la actora junto con otros extrabajadores de Dasalud solicitaron del Fondo Nacional del Ahorro el pago de sus cesantías definitivas, así como los extractos de dichos auxilios, en razón a que la empresa para la cual laboraron responsabiliza a ese fondo por su no cancelación.
- e) Certificación de 2 de octubre de 2012 (f. 27), expedida por el mandatario de la liquidada ESE Salud Chocó, que da cuenta de que la accionante laboró en el Hospital Lascario Barboza Avendaño de Acandí, en el cargo de citotecnóloga, desde el 9 de julio de 1987 hasta el 30 de diciembre de 2010.
- f) Informe de 27 de enero de 2014 (ff. 198 a 200), rendido por el Fondo Nacional del Ahorro, en el que indica que con destino a la cuenta de cesantías de la trabajadora «[...] Servisalud del Chocó, [...] aportó y reportó [las] [...] correspondientes a las vigencias fiscales de 1987 a 1993

[...]», y el Hospital Lascario Barboza Avendaño las de los años 1994 a 2010, para lo cual allega los respectivos extractos (ff. 201 a 207), en los que se evidencian, además, «[...] los intereses y la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que el FNA le reconoció y abonó en cuenta sobre los dineros consignados, los abonos de cesantías que efectuó al crédito hipotecario para vivienda 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, las fechas y cuantías de los mismos, presentando a la fecha en su cuenta individual un saldo de cero pesos, perdiendo así su condición de afiliada al FNA por la mencionada entidad».

Ahora bien, en el asunto sub examine la demandante afirma que laboró para el departamento del Chocó – Dasalud hasta el 30 de diciembre de 2007, por lo que el 21 de septiembre de 2009 solicitó la liquidación de sus cesantías definitivas correspondientes a los años 2006 y 2007, sus intereses y la respectiva sanción moratoria por el no pago oportuno de aquellas, frente a lo cual la Administración guardó silencio, lo que generó el acto administrativo ficto objeto de censura en esta demanda. Además, en su escrito de apelación informa que no influye para decidir sobre la viabilidad de sus pretensiones, la sustitución patronal acaecida en la presente controversia, toda vez que se inició una nueva vinculación laboral a partir de la fecha en que fue efectiva, lo que implicaba la terminación de la que tuvo con anterioridad, y en todo caso, el auxilio que se persigue se causó con antelación a la fecha en que produjo efectos tal sustitución, de manera que la entidad que debe cancelar lo perseguido es Dasalud.

De las pruebas relacionadas, se colige que la actora (i) prestó sus servicios como citotecnóloga en el Hospital Lascario Barboza Avendaño de Acandí, adscrito al Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (Dasalud), desde el 9 de julio de 1987 hasta el 31 de diciembre de 2007; y, luego, con motivo de la sustitución patronal entre esta última institución y la ESE Salud Chocó, a partir del 15 de enero de 2008, según consta en el acta de 26 de marzo de ese año, se incorporó a la planta de personal de dicha ESE, hasta el 30 de diciembre de 2010; (ii) el 21 de septiembre de 2009 solicitó de Dasalud el pago de sus cesantías definitivas de los años 2006 y 2007, sus intereses y la sanción moratoria por cancelación tardía, frente a lo cual este guardó silencio; y (iii) no se encuentra afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, toda vez que tiene un saldo en cero, no obstante, ese fondo certificó que le fueron consignadas cesantías, por parte de Servisalud del Chocó desde 1987 hasta 1993, y a cargo del Hospital Lascario Barboza Avendaño de 1994 a 2010.

Estima la Sala que en relación con la sustitución patronal o de empleador convenida entre el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (Dasalud) y la ESE Salud Chocó, resulta oportuno anotar que el Juzgado Primero (1.º) Administrativo de Quibdó, en sentencia 188 de 4 de septiembre de 2007, ordenó al agente interventor de Dasalud en Liquidación que cumpliera la obligación impuesta en la Ordenanza 27 de 2005 de la asamblea del Chocó, de transferir a la ESE Salud Chocó el recurso humano que laboraba en sus hospitales, centros y puestos de salud adscritos.

Por ello, el 26 de marzo de 2008 suscribieron el «acta de sustitución patronal», en la que se acordó lo siguiente:

CLAUSULA 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 [...]

Parágrafo primero. Fecha efectiva. Téngase por fecha efectiva aquella en la cual operó la sustitución patronal de la E.S.E. SALUD CHOCO, esto es, el día 15 de enero de 2008. [...].

CLAUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES LABORALES ASUMIDAS POR LA E.S.E.

SALUD CHOCO. La E.S.E. SALUD CHOCO asume y se obliga a responder por la totalidad de las obligaciones de carácter laboral a favor de los trabajadores que se generen y/o causen a partir de la fecha efectiva; y a realizar la afiliación de manera inmediata de los empleados al sistema de seguridad social como son: pensiones, salud, riesgos profesionales, cajas de compensación familiar y aportes parafiscales y/o reportar el cambio patronal. De igual manera se procederá en lo concerniente a las cesantías de cada uno de los trabajadores oficiales y/o funcionarios

públicos, en cada uno de los fondos en que se encuentren afiliados, especialmente al fondo nacional del ahorro. **CLAUSULA TERCERA. OBLIGACIONES LABORALES ASUMIDAS**

POR DASALUD CHOCO. DASALUD CHOCO asume la totalidad de las obligaciones de carácter laboral, incluyendo mesadas pensionales, resultantes de las normas laborales aplicables que se hayan generado y/o causado hasta la fecha efectiva. Las transferencias o aportes parafiscales que se hayan generado y/o causado antes de la fecha efectiva, incluyendo los aportes por concepto de seguridad social, cajas de compensación social, cajas de compensación, Sena e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Las tasas, impuestos y contribuciones que resulten de las normas laborales aplicables, que se hayan causado con anterioridad a la fecha efectiva.

Todas las sanciones, recargos, liquidaciones, indemnizaciones o cualquier otro concepto distinto a los contemplados y regulados en los anteriores numerales 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 o parcial de las obligaciones causadas a cargo de DASALUD CHOCO antes de la fecha efectiva.

CLAUSULA CUARTA. PAGO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES. DASALUD CHOCO 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 E.S.E. SALUD CHOCO 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, se hagan exigibles a favor de los empleados después de la fecha efectiva [sic para toda la cita].

Visto lo anterior, recuérdese que 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 no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios», la cual, por sí sola, «[...] no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes». En ese orden de ideas, dicha sustitución se configura siempre y cuando se colmen tres presupuestos: (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 trasferida 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, no se configuró una ruptura del vínculo laboral, máxime cuando no hubo solución de continuidad[12], ya que no trascurrieron más de 15 días hábiles de interrupción en el servicio.

De tal manera que al reclamar la actora la sanción moratoria de las cesantías definitivas de los años 2006 y 2007, con fundamento en la Ley 244 de 1995[13], se advierte que tal disposición no es aplicable a su situación, en razón a que, como se expuso en líneas anteriores, el vínculo laboral de aquella continuó vigente, en atención a la aludida sustitución patronal, y en ese sentido, no colmó el presupuesto de retiro del servicio, requisito sine qua non para reclamar las

cesantías definitivas que deprecia, por lo que, como lo concluyó el a quo, tal pretensión no tiene prosperidad.

En un asunto similar, la subsección A de esta sección, en sentencia de 16 de noviembre de 2017[14], dijo:

De acuerdo con el acta de sustitución patronal, la efectividad de ese cambio de empleador y consecuente inicio de funciones de la demandante en la Empresa Social del Estado Salud Chocó empezó a regir a partir del 15 de enero de 2008, es decir, no transcurrieron más de quince (15) días entre la dejación de su cargo en el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó y la reanudación de estas en la ESE Salud Chocó, de modo que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio, por ende, se trata de una misma relación laboral que se ha mantenido en forma continua desde el 6 de septiembre de 2006 y que sólo se entenderá terminada cuando se produzca la desvinculación efectiva de la ESE mencionada.

Consecuentes con lo anterior, es forzoso concluir que la demandante no ha causado el derecho a las cesantías definitivas, pues este solo surge cuando se produce la terminación de la relación laboral y por ello, su reclamación solo procede cuando se causa la novedad del retiro.

De tal forma, como la demandante no está ni ha estado en situación administrativa de retiro, producto de su vinculación laboral que inició el 6 de septiembre de 2006 con el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó y se mantuvo con la Empresa Social del Estado Salud Chocó, en virtud de la sustitución patronal aludida, solo tiene derecho a la liquidación reconocimiento y pago de las cesantías definitivas cuando tal relación laboral culmine.

Así las cosas, al no haber causado el derecho a las cesantías definitivas, mal podría considerarse que se ha causado sanción alguna por incumplimiento del término para reconocerlas y pagarlas, razón suficiente para negar la sanción pretendida.

Asimismo, tampoco resulta procedente, como se concluyó en primera instancia, ordenar a la parte demandada efectuar la consignación de los valores por concepto de las cesantías causadas en los años 2006 y 2007, las cuales estarían a su cargo, puesto que en esa época no se había hecho efectiva la sustitución patronal a la ESE Salud Chocó (15 de enero de 2008), por cuanto de los extractos de cesantías adosados a las presentes diligencias por el Fondo Nacional del Ahorro, se observa que para las respectivas anualidades el Hospital Lascario Barboza Avendaño, al que prestó sus servicios la actora, hizo los respectivos pagos el 18 de mayo de 2007 y el 19 de febrero de 2008, junto con sus intereses, los cuales fueron usados por aquella para abonar a su crédito hipotecario y a los intereses de mora que su retardo en la cancelación de las cuotas generó (f. 206).

Por otra parte, se tiene que en el escrito de apelación la demandante solicita la revocación del fallo de primera instancia en su integridad, lo cual incluye la condena en costas impuesta y las agencias en derecho que corresponde a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso; al respecto la Sala estima que el a quo aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 392 del CPC, hoy 365[15] del CGP, por remisión expresa del artículo 188[16] del CPACA, a la parte vencida, pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que esta pudo incurrir, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena.

Sobre este tema, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016[17] así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Por lo tanto, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las results del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandante, no se impondrá condena en costas.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda, y revocará la condena en costas, que incluye las agencias en derecho, impuesta a la parte demandante.

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,

FALLA:

1.º Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 10 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo del Chocó, que negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Rosa Amelia Manga Porras contra el departamento del Chocó - Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (Dasalud), conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Revócase el ordinal tercero de la parte decisoria de la providencia apelada, que condenó en costas, con la inclusión de las agencias en derecho, a la parte demandante, de acuerdo con la motivación de este fallo

3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

[1] Si bien es cierto que la solicitud data de esta fecha, también lo es que su presentación fue el 21 de los mismos mes y año.

[2] No obstante, se advierte del material probatorio que reposa en el expediente que la accionante se vinculó a Dasalud a partir del 9 de julio de 1987.

[3] Respecto del fundamento normativo de la sanción moratoria, ver sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, con ponencia del entonces consejero de Estado Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 0528-14.

[4] Sentencia de la sección segunda, subsección A, de 1.º de diciembre de 2016, C. P. William Hernández Gómez, expediente: 08001-23-31-000-2011-01398-01(3221-15).

[5] «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».

[6] «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones».

[7] «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».

[8] «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».

[9] Consejo de Estado, sección segunda, sentencia CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, C. P.

Luis Rafael Vergara Quintero, expediente: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14).

[10] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). «Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios».

[11] Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho: (i) 08001-23-33-000-2014-00332-01(3815-15), sentencia de 30 de marzo de 2017, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; (ii) 08001-23-33-000-2012-00431-01(1721-14), sentencia de 2 de marzo de 2017, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; y (iii) 08001-23-33-000-2013-00790-01(2621-15), sentencia de 26 de enero de 2017, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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

[13] «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».

[14] Sentencia de 16 de noviembre de 2017, expediente 27001-23-33-000-2013-00180-01 (3319-14), C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas, actora: Karen Machado Tapia, demandado: departamento del Chocó-Dasalud.

[15] «En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

[...]».

[16] «Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil».

[17] Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

