

SUSTITUCIÓN PATRONAL – Perfeccionamiento / SUSTITUCIÓN PATRONAL – No se requiere un nuevo acto de nombramiento

Esta Sala de decisión en recientes pronunciamientos ha reiterado la anterior postura jurisprudencial y 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 patrono 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.»(...) Igualmente, (...) para que se perfeccione la figura jurídica de la sustitución de empleadores, no pueden ser expedidos actos de nombramiento para que el empleado sea transferido de la entidad sustituida a la sustituta y sub lite al realizar la valoración probatoria se encuentra que, se configuró una sustitución patronal y no el nacimiento de relaciones laborales diferentes, en tanto no se expedieron nuevos actos de nombramiento, así como las respectivas actas de posesión.

NOTA DE RELATORÍA: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 6 de septiembre de 2017, M.P.: Jimena Isabel Godoy Fajardo. Corte constitucional, sentencia T-594 de 2011. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 8 de marzo de 2018, C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter, rad.: 3247-14.

SUSTITUCIÓN PATRONAL / CESANTÍAS DEFINITIVAS – No exigibilidad

Si bien las cláusulas tercera y cuarta del Acta de Sustitución Patronal suscrita entre Dasalud y la ESE Salud Chocó estipularon que era obligación de Dasalud 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 como anterior empleador de la demandante, en virtud del numeral 4 del artículo 69 del CST 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. Por lo anterior, se concluye que tal como lo ha considerado esta Corporación, 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 actora sobre las cesantías definitivas, como lo pretende, porque no hubo una terminación del vínculo laboral. **NOTA DE RELATORÍA: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 6 de julio de 2017, C.P.: William Hernández Gómez, rad.: 3408-14.**

FUENTE FORMAL: CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 67 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 68 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 69

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 27001-23-33-000-2013-00234-01(0711-15)

Actor: CRUZ ERENIS PALACIOS ROBLEDO

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ Y EL DEPARTAMENTO
ADMINISTRATIVO DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL CHOCÓ EN LIQUIDACIÓN

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Sanción moratoria – Sustitución patronal

FALLO SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 10 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante la cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995[1] modificada por la Ley 1071 de 2006.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

La señora Cruz Erenis Palacios Robledo 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, demandó[3] al departamento del Chocó y al Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó[4] en liquidación.

2.1.1 Pretensiones

a. Declarar la nulidad de los actos administrativos fictos derivados del silencio administrativo negativo frente a las peticiones elevadas el 24 de junio y el 20 de agosto de 2010, mediante las cuales solicitó respectivamente, la sanción moratoria por el incumplimiento en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas derivadas de la finalización de la relación laboral.

b. En consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a las entidades demandadas a la sanción de un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de agosto de 2010 hasta que se efectúe el cumplimiento de la obligación.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes que se extraen de la demanda y de los documentos aportados con esta[5]:

2.2. Fundamentos fácticos

a. La demandante señaló que laboró al servicio de Dasalud Chocó en liquidación en el cargo de jefe de enfermería desde el 23 de junio de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2007, sin que al momento de la desvinculación del cargo se le hubieren cancelado sus cesantías definitivas, pese a solicitar su pago a través de petición elevada el 24 de junio de 2010.

b. Manifestó que el 20 de agosto de 2010 formuló una solicitud ante Dasalud Chocó en liquidación con el fin de reclamar la sanción por la mora, respecto de la cual se configuró el silencio administrativo negativo, cuya nulidad se pretende a través del presente medio de control.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.-

3. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones[6]: artículo 53 de la Constitución Política; 99 de la Ley 50 de 1990; Leyes 244 de 1995, 1071 de 2006, 83, 138, 189, 192, 193 y 195 de la Ley 1437 de 2011; 302, 303 y 307 de la Ley 1564 de 2012; 1 del Decreto 2712 de 1999; 1, 3, 28 y 37 del Decreto 3118 de 1968.

4. Señaló que la conducta omisiva de la administración que, luego de transcurrir más de tres años, no ha resuelto las peticiones formuladas por la demandante frente al reconocimiento de las cesantías definitivas y la sanción moratoria, desconoció el derecho a la igualdad y las garantías mínimas laborales del empleado, y por ende, el ordenamiento jurídico, de manera que se debe penalizar a la entidad empleadora por su conducta ineficiente y omisiva frente a los plazos previstos en la Ley 244 de 1995[7] modificada por la Ley 1071 de 2006[8], por cuanto a la fecha Dasalud Chocó en liquidación no se ha pronunciado ni le ha pagado la prestación social aludida con ocasión de la finalización de la relación legal y reglamentaria.

5. Adujo que la retención por parte de la entidad demandada de dineros que son propiedad de la ex empleada conllevan a la declaratoria de nulidad de los actos acusados por infringir la ley, máxime si se tiene en cuenta que la finalidad del auxilio de cesantías es disminuir las cargas económicas del servidor público con posterioridad al retiro del servicio y el debido funcionamiento de su vida social.

2.4. Contestación de la demanda.

6. El Departamento del Chocó y Dasalud Chocó en liquidación no contestaron la demanda.

2.5. Audiencia Inicial.

7. La magistrada ponente dio apertura a la Audiencia Inicial celebrada el 24 de febrero de 2014[9], en la cual una vez efectuado el saneamiento del proceso y sin que encontrara hechos constitutivos de excepciones previas, procedió a la fijación del litigio, en los siguientes términos:

«[...] 2.- se debe establecer si los actos fictos o presuntos resultantes de las peticiones del 24 de junio de 2010, por la cual se solicitó el pago de las cesantías definitivas y 20 de agosto de 2010, que reclamó la sanción moratoria, son nulas por violación de las normas superiores citadas como desconocidas [...]. 3.- Como consecuencia se debe condenar a la entidad demandada al pago de la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de

las cesantías definitivas por los años 2005 a 2007.»[10]

8. Al respecto, se le concedió el uso de la palabra a los apoderados judiciales de las partes, quienes manifestaron estar de acuerdo.

2.6. Sentencia de primera instancia.

9. El Tribunal Administrativo del Chocó mediante sentencia proferida el 10 de octubre de 2014[11], consideró que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación[12], la finalidad de las cesantías definitivas es retribuir la insuficiencia de cargas económicas que deben enfrentar los empleados mientras se encuentren cesantes por el retiro del servicio, de modo que solo se hacen exigibles a la finalización de la relación laboral, cuando la entidad se encuentra obligada a liquidarlas y consignarlas en el fondo administrador al cual se encuentre afiliado, sin perjuicio de los retiros parciales bajo el cumplimiento de los requisitos legales para ello.

10. Argumentó que para el caso concreto, la demandante ingresó a laborar como enfermera en Dasalud Chocó desde el 23 de junio de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2007, y 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 Palacios Robledo, de manera que no hubo rompimiento del vínculo laboral.

11. Indicó que la interrupción en la prestación del servicio no superó 15 días, razón por la cual, conforme al artículo 10 del Decreto 1045 de 1978[13], para efectos de la liquidación de las cesantías de la actora no existió solución de continuidad, 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.

12. 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 desvinculan del servicio, es decir, cuando finaliza la relación laboral, y debido a que de acuerdo con las pruebas aportadas al 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 1995[14] modificada por la Ley 1071 de 2006.

13. Por lo expuesto, negó las pretensiones de la demanda y con el fin de garantizar los derechos laborales ciertos e irrenunciables consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, le ordenó a Dasalud en liquidación, adelantar las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a consignar al Fondo Nacional del Ahorro, las cesantías de la demandante por las anualidades de 2006 y 2007.

2.7 Parte demandante – recurso de apelación

14. Señaló que en virtud de una adición de la demanda admitida por el tribunal mediante auto del 5 de diciembre de 2013, se decretó como prueba y fue allegada al proceso la certificación laboral [del 10 de marzo de 2014[16]] en la que se informó que la actora

laboró hasta el 31 de diciembre de 2010. Lo anterior, para señalar que en virtud del principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso no pueden dejarse de valorar hechos nuevos determinantes para la modificación o extinción del derecho sustancial alegado en la demanda, siempre que se cumplan determinados requisitos que para el caso concreto se acreditan, así:

1) «Que se trate de un hecho con entidad relevante frente al derecho sustancial alegado [...]» Al respecto, señaló que a través de la certificación laboral señalada, se demuestra la fecha de desvinculación y que la ESE Salud Chocó cumplió con su deber legal de cancelar las cesantías correspondientes durante el tiempo que laboró con dicha entidad, esto es, desde el 15 de enero de 2008 al 30 de diciembre de 2010; y por el contrario, Dasalud Chocó en liquidación incumplió las obligaciones patronales previstas en las cláusulas 3 y 4 del acta de sustitución patronal, omisión que persiste aun después de finalizado el vínculo con la entidad a la cual migró la demandante (30 de diciembre de 2010).

2) «Que corresponda a un hecho cuya ocurrencia tenga lugar en momento posterior a las etapas procesales con que cuentan las partes para aducirlos y aportarlos, pues lo que busca es permitirle a los interesados llevar al convencimiento al juez mediante la prueba idónea, la existencia de esos hechos que por virtud del principio de preclusión o de la eventualidad no podrían serlo [...]». Frente a este aspecto, indicó que las certificaciones expedidas por las entidades demandadas dan cuenta de la omisión que generó la sanción prevista en la Ley 244 de 1995[17] modificada por la Ley 1071 de 2006.

3) «Que se alegue y pruebe por el interesado durante la oportunidad prevista para formular alegatos de conclusión [...]».

15. Adujo que la penalidad que pretende fue prevista por el legislador a cargo del empleador moroso y a favor del empleado, con el fin de resarcir los daños causados con ocasión del retardo en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía, en aras de proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio, y en el evento en que la administración no se pronuncie frente a la petición de reconocimiento de la prestación social o lo haga de manera tardía, no se exime de la sanción.

16. Solicitó se efectúe una valoración integral de las pruebas, al considerar que el tribunal de instancia basó su decisión en la literalidad del convenio y el acto de nombramiento de la demandante, sin que los elementos probatorios hayan sido analizados en conjunto, dado que se encuentra acreditado que no tiene vínculo laboral con la entidad a la cual migró como consecuencia del convenio de sustitución patronal, sin que se le hayan reconocido sus cesantías definitivas por el período laborado con Dasalud Chocó en liquidación.

III.

CONSIDERACIONES

17. 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.-

18. De acuerdo con los cargos formulados contra la decisión de primera instancia, le corresponde a la Sala:

19. 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?

20. 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 1995[19] modificada por la Ley 1071 de 2006[20], como consecuencia del retiro de la ESE Salud Chocó el 30 de diciembre de 2010?

21. 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 configuró en el caso concreto dicha figura jurídica; o si por el contrario, se generó el rompimiento del vínculo laboral y el consecuente derecho al reconocimiento de las cesantías definitivas por las anualidades de 2006 y 2007.

3.1.1 De la sustitución patronal.

22. 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».

23. 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.

24. Igualmente, el artículo 59 ibídem, regula la solidaridad entre el empleador sustituto y el sustituido, en los siguientes términos:

«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 satisficere, 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.»

25. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL850-2013[21], 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; e igualmente, 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 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.

26. 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».[22]

27. A su vez, la Corte Constitucional en sentencia T-954/11[23], 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.»

28. 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). [...]»[24]

29. Igualmente, la subsección homologa de esta Sala de decisión[25] en recientes pronunciamientos ha reiterado la anterior postura jurisprudencial y 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 patrono[26] 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.»

30. Así mismo, la Sección Segunda en sus Subsecciones A y B ha considerado 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 este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios, y la prolongación de los servicios del empleado o trabajador a través del mismo contrato de trabajo.[27]

3.2 De la solución del caso.

31. 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, en virtud de la sustitución patronal entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, a partir del 15 de enero de 2008, razón por la cual, no se hizo exigible el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y tampoco la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995[28] modificada por la Ley 1071 de 2006.

32. La parte demandante impugnó la decisión bajo el argumento que en virtud del principio de congruencia ampliada, deberán valorarse hechos nuevos determinantes que surgieron durante el trámite procesal para la configuración del derecho sustancial pretendido, como lo son las certificaciones de que Dasalud en liquidación no cumplió con la consignación de las cesantías de los años 2006 y 2007 y de que la ESE Salud Chocó solo hizo el reporte de las correspondientes a los años 2008 a 2010 cuando migró a la nueva entidad, razón por la cual, se generó la sanción moratoria respecto la obligación incumplida por aquellas anualidades (2006 y 2007).

33. Frente a ello, la Sala señalará en primer lugar que los fundamentos fácticos alegados por la instancia no constituyen hechos nuevos, toda vez que en la primera instancia, el tribunal encontró acreditado que no se efectuó traslado alguno por concepto del auxilio de cesantías correspondientes a las anualidades de 2006 y 2007, por ende, conminó al "[...] Gerente Liquidador del Departamento Administrativo de Salud del Chocó para que en cumplimiento de la Ley 432 de 1998, transfiera al Fondo Nacional del Ahorro los valores correspondientes a las cesantías parciales de la señora CRUZ ERENIS PALACIOS ROBLEDO, [...]"[30]

34. Por lo anterior, y a efectos de resolver el caso, la Sala analizará los elementos de prueba en

aras de determinar si en virtud del material probatorio aportado dentro de las oportunidades procesales, se encuentra demostrado que se hicieron exigibles las cesantías definitivas por las anualidades de 2006 y 2007, y en consecuencia, la sanción moratoria, así:

- De los documentos relacionados con la vinculación laboral de la demandante.

1) Con la demanda se aportó copia auténtica de la Resolución 2279 del 2005[31], por la cual el Director General de Dasalud Chocó nombró a la demandante en el cargo de Enfermera para prestar sus servicios en el Centro de Andagoya (Medio San Juan – Chocó), cuya posesión acaeció el 23 de junio de 2005[32].del

2) Igualmente, aportó certificación laboral[33] expedida por el agente liquidador de Dasalud Chocó en la que se informa que la demandante laboró en el cargo de enfermera desde la fecha señalada en precedencia y hasta el 31 de diciembre de 2007, cuya última asignación mensual fue de \$1.731.561.

3) El agente liquidador allegó posteriormente copia de la Resolución 3696 del 28 de diciembre de 2006[34], a través de la cual el Director General de Dasalud Chocó trasladó a la señora Palacios Robledo para que prestara sus servicios como enfermera de planta en el Centro de Salud de Atrato, con la misma asignación mensual.

4) Con fundamento en el artículo 213 del CPACA, a través de auto del 28 de agosto de 2014[35], el tribunal de instancia decretó como prueba de oficio el Convenio de Sustitución Patronal, y en tal virtud, se allegó el Acta suscrita entre el Agente Interventor de Dasalud y la Representante Legal de la ESE Salud Chocó[36], 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:

« [...] 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
3	35600295	CRUZ ERENIS PALACIOS ROBLEDO	ENFERMERA DE PLANTA	1.731.561

[...]»

35. 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.

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

« [...] 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.»

4) De acuerdo con la solicitud de parte, tal como lo señaló la demandante en la impugnación, en la Audiencia Inicial se solicitó la certificación laboral relacionada con la vinculación laboral, la cual se expidió por el mandatario de Dasalud Chocó en liquidación el 10 de marzo de 2014[37], en la que certificó que de acuerdo con el acta de sustitución patronal, la señora Palacios Robledo laboró desde el 15 de enero de 2008 al 30 de diciembre de 2010.

- En relación con la consignación de las cesantías de la demandante.

35. De acuerdo con la prueba decretada de oficio en la Audiencia Inicial, respecto de la suma adeudada por concepto de cesantías, frente a la cual el agente liquidador de Dasalud en liquidación, certificó al tenor lo siguiente:

« [...] la señora CRUZ ERENIS PALACIOS ROBLEDO [...] prestó sus servicios a esta entidad desde el 23 de junio de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2007, en el cargo de ENFERMERA S.S.O. del Centro de Salud de Atrato.

El último salario mensual devengado fue \$1.731.561.

Que revisadas las hojas de vida, registros contables y movimientos de tesorería del Departamento Administrativo de Seguridad Social Dasalud Chocó, no se evidencia transacción por concepto de cesantías de los años 2006 y 2007»[38]

37. De acuerdo con el acervo probatorio que obra en el expediente, considera esta Subsección

que en el presente asunto se cumplen los requisitos para la configuración de la sustitución patronal en tanto que:

i) El cambio de un patrono a otro. Dicha exigencia se cumple, por cuanto la ESE Salud Chocó sustituyó a Dasalud en Liquidación como entidad nominadora, de conformidad con lo señalado en la cláusula primera del Acta de Sustitución Patronal[39], citada anteriormente.

ii) La continuidad de la empresa, en este caso, la entidad pública, entendida como el objeto social, que para el caso de la ESE Salud Chocó es el mismo de Dasalud, el cual consiste en la prestación de servicios de salud en el departamento del Chocó.

iii) La continuidad de los servicios. La señora Cruz Erenis Palacios Robledo laboró de forma continua y sucesiva en ambas entidades en el mismo cargo, es decir, como enfermera y con la misma asignación salarial (\$1.731.561).

38. Es necesario reiterar 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.

39. Igualmente, como se expuso 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.

40. Ahora bien, como lo plantea la apelante, si bien las cláusulas tercera y cuarta del Acta de Sustitución Patronal suscrita entre Dasalud y la ESE Salud Chocó estipularon que era obligación de Dasalud 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 como anterior empleador de la demandante, en virtud del numeral 4 del artículo 69 del CST[40] 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.

41. Por lo anterior, se concluye que tal como lo ha considerado esta Corporación[41], 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 actora sobre las cesantías definitivas, como lo pretende, porque no hubo una terminación del vínculo laboral.

42. Ahora bien, la parte actora en el recurso de apelación solicita que se le aplique el principio de congruencia ampliada, debido a que dentro del trámite procesal surgieron hechos nuevos, como lo son las certificaciones de que Dasalud en liquidación no cumplió con la consignación de las

cesantías de los años 2006 y 2007 y de que la ESE Salud Chocó solo hizo el reporte de las correspondientes a los años 2008 a 2010, por lo tanto se generó la sanción moratoria respecto la obligación incumplida por aquellas anualidades.

43. Frente a ello, la Sala señala que del contenido de las peticiones que dieron lugar a los actos fictos demandados, se observa estas se radicaron antes de surgir el derecho al pago definitivo de las cesantías, en tanto que el mismo solo surgió a partir de la terminación de la vinculación laboral, así:

i) La demandante solicitó a Dasalud Chocó en liquidación el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, así como la sanción moratoria, los días el 2 de junio y el 20 de agosto de 2010 (folios 16 y 17).

ii) La demandante laboró en la ESE Salud Chocó hasta el 30 de diciembre de 2010, según la certificación laboral señalada anteriormente.

44. Así las cosas, el retiro de la demandante surgió después de presentada la solicitud de pago definitivo de cesantías, por lo tanto en ese momento no le asistía el derecho a su liquidación y pago, pues se reitera que la relación laboral inicial no se extingue con la sustitución, sino con la terminación del vínculo frente al último empleador.

45. 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 30 de abril de 2010, se indica 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 supuesto fáctico 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.

46. 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. En consecuencia, confirmará la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó de 10 de octubre de 2014, en cuanto negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995[42], modificada por la Ley 1071 de 2006.

47. 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 del 10 de octubre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, en tanto le negó a la señora Cruz Erenis Palacios Robledo, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, y ordenó la consignación al FNA de las cesantías por los periodos correspondientes a 2006 y 2007, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. 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

[1] «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.»

[2] «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.»

[3] El 8 de julio de 2013, según se observa a folio 24 del expediente.

[4] En adelante Dasalud Chocó en liquidación.

[5] Folio 4.

[6] Folios 5 - 13.

[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] FF. 120 - 127.

[10] Folio 123.

[11] Folios 222 - 232.

[12] CONSEJO DE ESTADO – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 6 de marzo de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 13 de marzo de 2008. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[13] «por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

[...]

Artículo 10º.- Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. [...] Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.»

[14] «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.»

[15] «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.»

[16] Folio

} 135 del expediente.

[17] "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."

[18] "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."

[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."

[21] Sentencia de 6 de septiembre de 2017. Radicación 51637. M.P. Jimena Isabel Godoy Fajardo.

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

[23] C.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[24] 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.

[25] 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.

[26] Ahora empleador.

[27] Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencias: Del 8 de marzo de 2018. Rad. 27001-23-33-000-2013-00013-01(3247-14). C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; 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).

[28] "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."

[29] "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."

[30] Folio 231.

[31] Folio 18.

[32] Folio 19.

[33] Que obra a folio 37 del expediente.

[34] Folio 27 del expediente.

[35] Folios 161 y 162.

[36] Folios 169 a 177.

[37] Folio 135.

[38] Folio 133.

[39] Según se observa a folio 311 del expediente.

[40] «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.»

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

[42] "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."

[43] «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.»



