

SUSTITUCIÓN PATRONAL - Requisitos

La Sección Segunda en recientes pronunciamientos ha reiterado la anterior postura jurisprudencial, y en la misma oportunidad, 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.» NOTA DE RELATORÍA: 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

SUSTITUCIÓN PATRONAL – Efecto / PAGO DE CESANTÍAS DEFINITIVAS– No exigibilidad / SANCIÓN MORATORIA – Improcedencia

Pese a que en las cláusulas 3.^a y 4.^a del Acta de Sustitución Patronal suscrita entre Dasalud en liquidación y la ESE Salud Chocó, las partes estipularon que era obligación de la primera entidad pagar las cesantías definitivas y demás prestaciones salariales y sociales causadas hasta el 15 de enero de 2008, es preciso reiterar que el numeral 4.º del artículo 69 del CST, consagra que el antiguo empleador puede 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. De otra parte, el inciso 5 del precitado artículo 69 estipula: «[...] 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. [...]» 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 esta, para esta Corporación resulta claro que al 15 de enero de 2008 no se había hecho exigible ese derecho en favor de la señora Juana Nelly Martínez Rentería.(...) A la demandante no le es aplicable la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, como quiera que no demostró el rompimiento del vínculo laboral en virtud de la sustitución patronal suscrita entre Dasalud en liquidación y la ESE Salud Chocó.

SUSTITUCIÓN PATRONAL / EXPEDICIÓN DE ACTOS DE NOMBRAMIENTO Y POSESIÓN - Improcedencia

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 en el 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.

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 A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

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

Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00134-01(2295-15)

Actor: JUANA NELLY MARTÍNEZ RENTERÍA

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ - DASALUD

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-053-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de febrero de 2015 por el Tribunal Administrativo del Chocó, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda por falta de cumplimiento de requisito de procedibilidad respecto de la pretensión de pago de la indemnización de carrera administrativa.

ANTECEDENTES

La señora Juana Nelly Martínez Rentería 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, demandó al departamento del Chocó y al Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó –Dasalud- en liquidación.

Pretensiones[1].

«[...] PRIMERO: Que se dicte sentencia a favor de mi cliente señora JUANA NELLY MARTÍNEZ y en contra del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL CHOCÓ DASALUD Y EL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ, en donde se decrete la nulidad del acto ficto o presunto de los oficio (sic) de 14 de febrero de 2010 y en consecuencia se condene al Departamento del Chocó y al Departamento Administrativo de Salud del Chocó al pago de las cesantías de los años 2006 y 2007, con sus intereses e indexación monetaria.

SEGUNDO: Que se condene al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL CHOCÓ (DASALUD) Y AL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ al pago de la indemnización de la carrera administrativa de mi cliente, con sus intereses e indemnización monetaria según lo estipulado en los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

TERCERO: Que se condene al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD Y

SEGURIDAD SOCIAL DEL CHOCÓ (DASALUD) Y AL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ al pago de las dotaciones desde 2003 hasta 2007, con sus intereses e indemnización monetaria según lo estipulado en los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

CUARTO: Que se condene al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL CHOCÓ (DASALUD) Y AL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ, al pago de la sanción moratoria de las cesantías de 2006 y 2007. Que este pago se realice desde que han transcurrido los 45 días después de que se venció cada anualidad, con su respectiva indexación e intereses hasta que se cancelen las cesantías definitivas, ya que no han sido canceladas en el Fondo Nacional del Ahorro, desde que pasaron los 45 días hábiles cuando se cumplió la fecha en que se debían consignar los dineros por concepto de cesantías hasta que se cancelen las mismas.

QUINTO Que se condene al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL CHOCÓ (DASALUD) Y AL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ, al pago de un día de salario por cada día de mora y hasta el pago efectivo de las mismas y en adelante sus intereses y actualización monetaria. [...]»

Fundamentos fácticos[2]

«[...] 1.- Que la señora JUANA NELLY MARTÍNEZ, prestó sus servicios al Departamento del Chocó en el sector de la salud, a cargo del Departamento Administrativo de Salud del Chocó (DASALUD), en el cargo de auxiliar de enfermería en el tiempo comprendido entre el 12 de agosto de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2007.

2.- Que durante el tiempo que laboró la señora JUANA NELLY MARTÍNEZ, se encontraba afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, donde se consignaban las cesantías pero el Departamento del Chocó y el Departamento Administrativo de Salud del Chocó-DASALUD, en los años 2006 y 2007, no le consignó los dineros por concepto de cesantías y hasta el momento no le han consignado al Fondo Nacional del Ahorro por este concepto.

3.- Que la señora JUANA NELLY MARTÍNEZ, ha realizado varias reclamaciones dirigidas al Departamento Administrativo de Salud, con el fin de que se le cancelaran las cesantías, sus intereses y la sanción moratoria de las cesantías por el no pago oportuno de las mismas pero hasta el momento no han hecho eco en la administración del Departamento Administrativo de Salud del Chocó (DASALUD).

4.- Que el Departamento del Chocó y DASALUD le adeuda las dotaciones desde el 2006 hasta el 2007.

5.- Los oficios corresponden a las fechas del 14 de enero de 2010, los cuales hasta el momento no los han contestado, lo cual constituye un acto ficto o presunto. Y las reiteraciones que se han realizado en los años siguientes como en el 2009, 2010, 2011 y 2012.

6.- Se solicitó Señora Juez, el reconocimiento y pago de las dotaciones, por que (sic) los empleados de la salud, por la labor que desempeñan tienen derecho a las dotaciones y el Departamento del Chocó y DASALUD no les proporcionó las dotaciones a sus empleados en el tiempo correspondiente a cada anualidad, durante los años 2006 – 2007 y por 3 años.

7.- Se solicitó la realización de la conciliación prejudicial ante la Procuraduría, pero el Departamento del Chocó no asistió a la diligencia y DASALUD no tenía ánimo conciliatorio.

Por lo que no se presentaron a la diligencia en la Procuraduría, por ese motivo se procedió a instaurar la demanda en cuestión.

8.- Mi clienta laboró por más de 10 años al servicio de la salud, por lo que tiene derecho a que se le indemnice la carrera administrativa, por lo que las normas estipulan que a los 6 meses del empleado ingresar a una entidad y haber superado el periodo de prueba, el empleador está obligado a convocar a concurso, no es responsabilidad del trabajador si no del empleador. Esto le permite al trabajador tener estabilidad laboral y mejorar el nivel de vida.

9.- Que no podemos olvidar que DASALUD CHOCÓ, es una de las dependencias de la Administración del departamento del Chocó, por lo que el departamento del Chocó debe responder también por lo que se le adeuda a mi cliente por los conceptos antes descritos y además es importante tener en cuenta en el momento de fallar, que el jefe inmediato era el director de DASALUD, pero el jefe de todos los secretarios de despacho y los subalternos de estos es el gobernador del chocó (sic), ya que DASALUD opera como una Secretaría de Salud a cargo del Departamento del Chocó. [...]»

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.[3]

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo[4].

En el presente caso a folio 204 y cd a folio 205 A, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] El Departamento del Chocó propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva «[...]» se declara no probada la anterior excepción en la medida que Dasalud carece de personería jurídica, por lo que la decisión que se adopte necesariamente tiene como destinatario dicho ente territorial por ser quien detenta la personería jurídica. No obstante Dasalud cuenta con autonomía presupuestal y administrativa y patrimonio propio pero no es un ente descentralizado. Así las cosas no tiene todas las características jurídicas para tenerla como sujeto de derechos ya que pertenece al sector central del Departamento del Chocó [...]»

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.[5]

En el sub lite a folio 204 y cd a folio 205 A, el a quo fijó el litigio respecto del problema jurídico de la siguiente forma:

Problema jurídico fijado en el litigio

«[...] 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 la violación a las normas superiores; se citaron como violadas las siguientes Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, 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 las cesantías de los años 2006 y 2007 de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. [...]»

SENTENCIA APELADA[6]

El a quo profirió sentencia de forma escrita, en la que declaró probada de oficio la excepción de falta de agotamiento de procedibilidad respecto de la pretensión de pago de la indemnización de carrera administrativa, por considerar que esta no fue solicitada dentro del procedimiento administrativo y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, acorde a los siguientes argumentos.

En primer lugar, determinó que de conformidad con la Ordenanza 025 del 7 de noviembre de 2012 se ordenó la supresión y liquidación de Dasalud y acorde con lo previsto en los artículos 40 y 55 del Decreto 099 del 3 de mayo de 2013, el pago de indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal de la citada entidad, se realizaría con cargo a los recursos del departamento del Chocó, aunado a que conforme al Acta de la Junta Asesora de Liquidación del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación, celebrada el 31 de marzo de 2014 se terminó para todos los efectos la existencia jurídica de Dasalud, por lo que el fallo se pronunciaría contra el ente territorial y el restablecimiento del derecho, en caso de ser procedente, sería con cargo a los recursos propios de la masa de la liquidación.

Posteriormente, afirmó que de acuerdo al extracto individual de cesantías expedido por el Fondo Nacional del Ahorro visible a folio 212, se observaba que no se habían consignado las cesantías correspondientes a los años 2006 y 2007, por lo que ordenó al Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en liquidación adelantar las gestiones administrativas, presupuestales y financieras para consignarlas al Fondo Nacional del Ahorro y, en caso de que no sean suficientes los recursos, la obligación debía ser asumida por el departamento del Chocó.

Por otro lado, al analizar las pruebas obrantes en el plenario, concluyó que la demandante había tenido una relación laboral y que para todos los efectos de la liquidación de sus cesantías no existió solución de continuidad, por lo que no se configuraba la sanción moratoria solicitada y preceptuada en la Ley 244 de 1995, pues acorde con el espíritu de la comentada disposición, tal figura se instituyó para proteger el derecho de los servidores públicos que se retiraran del servicio, es decir, cuando se rompía el vínculo laboral, por lo que las pretensiones incoadas no tenían vocación de prosperidad.

Acorde con el anterior razonamiento, señaló que la demandante aún se encontraba vinculada laboralmente a la administración al momento de solicitar las cesantías definitivas, por lo que no era exigible el reconocimiento y pago de las mismas, como tampoco la sanción moratoria, pues

en virtud de la sustitución patronal entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, la señora Juana Nelly Martínez Rentería continuó prestando sus servicios.

RECURSO DE APELACIÓN[7]

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso:

Luego de transcribir la parte resolutive de la sentencia de primera instancia recurrida, petición que en segunda instancia sean condenadas las entidades demandadas al pago de las cesantías, con sus intereses e indexación, como quiera que si Dasalud en liquidación tenía la obligación de consignar las cesantías hasta el mes de febrero de 2008 y, hasta el momento no ha cumplido, pese a las diversas reclamaciones administrativas efectuadas por la demandante, es claro, que se generó una sanción moratoria así como los respectivos intereses, conforme a lo previsto por la Ley 244 de 1995 por el no pago oportuno de estas.

Indicó que es procedente ordenar la consignación de las cesantías toda vez que la relación laboral que existió entre la demandante y Dasalud en liquidación terminó en el año 2009, cuando la ESE Salud Chocó suprimió su planta de personal mediante Resolución 001 de 2009, por tanto, es procedente acceder a las pretensiones.

Agregó que se debe ordenar la consignación de las cesantías de los años 2006 y 2007 al Fondo Nacional del Ahorro, pues la relación laboral terminó en el año 2009 y por tanto, no se encuentra vinculada a dicho Fondo. Finalmente, pidió que se debe condenar en costas a la parte demandada que cubran los gastos generados con ocasión de este proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: Presentó alegatos de conclusión de forma extemporánea[8].

La Parte demandada: No presentó alegatos de conclusión como se observa a folio 309 del expediente.

Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto en segunda instancia, como se observa a folio 309 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[9], el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso[10], el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, el cual se resume en la siguiente pregunta:

Problema jurídico

¿En virtud de la sustitución patronal presentada entre Dasalud en liquidación y la ESE Salud Chocó frente a los empleados de los distintos centros hospitalarios y de salud del departamento del Chocó, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, causadas hasta el 31 de diciembre de 2007?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: Al no demostrarse el rompimiento del vínculo laboral en virtud de la sustitución del empleador, no se causó el derecho a las cesantías definitivas, como procede a explicarse.

Sustitución patronal[11] - efectos

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 [...]».

Por su parte, el artículo 68 del mismo código regula que la sola sustitución no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes. A su vez, que el citado artículo 69 del CST regula la responsabilidad de los empleadores de la siguiente forma:

«[...] 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. [...]»[12] (Negritas fuera de texto).

Además, en el artículo 70 ibidem se prevé que «[...] El antiguo y el nuevo empleador pueden acordar modificaciones de sus propias relaciones, pero los acuerdos no afectan los derechos consagrados en favor de los trabajadores en el artículo anterior [...]».

Respecto a la sustitución patronal, esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

«[...] Ha sido pacífica (sic) 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). [...]»[13]. (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, la Sección Segunda[14] en recientes pronunciamientos ha reiterado la anterior postura jurisprudencial, y en la misma oportunidad, 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[15] 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.»

Acorde con los lineamientos expuestos en precedencia, la Subsección observa que entre Dasalud en liquidación y la Empresa Social del Estado Salud Chocó se suscribió Acta de Sustitución Patronal el 26 de marzo de 2008 con efectos desde el 15 de enero de la misma anualidad, por medio de la cual los empleados públicos y trabajadores oficiales de la primera pasaron a formar parte de la ESE mencionada[16].

Ahora bien, la parte demandante plantea que la relación laboral con Dasalud tuvo vigencia desde 1979 hasta el 31 de diciembre de 2007, en virtud de la sustitución patronal; sin embargo, la Sala encuentra acreditado el cumplimiento de los requisitos para la configuración de dicha figura jurídica, según se expone a continuación:

En efecto, se observa que la demandante quedó incluida en la precitada acta como se observa a folio 21:

«[...] CLAUSULA PRIMERA. SUSTITUCIÓN PATRONAL. DASALUD CHOCO (SIC) y la E.S.E. SALUD CHOCO (SIC) 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 BAGADÓ

N.º	CEDULA	APELLIDOS Y NOMBRES	CARGO	ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL
12	26290277	JUANA NELLY MARTÍNEZ RENTERÍA	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	947.162

[...]»

Este acuerdo, según los antecedentes del mismo, se suscribió con ocasión de la sentencia 188 del 4 de septiembre de 2007 a través de la cual el Juzgado Primero Administrativo de Quibdó ordenó al agente interventor de Dasalud en liquidación[17], el cumplimiento de la obligación impuesta en la Ordenanza 057 de 2005, que consistía en transferir el recurso humano que laboraba en los hospitales, centros y puestos de salud adscritos a la entidad, a la ESE SALUD CHOCÓ. En virtud de dicha obligación la nueva entidad asumió todas las obligaciones frente a empleados públicos y trabajadores oficiales, en las mismas condiciones económicas legales vigentes para cada uno y con las situaciones y prestaciones que los cobijaban.

Así las cosas, considera esta Subsección que en el sub lite, tal y como se ha señalado en asuntos similares[18], se cumplen los requisitos para la configuración de la sustitución patronal en tanto que:

Ocurrió efectivamente un cambio de patrono como quiera que la ESE Salud Chocó sustituyó a Dasalud en liquidación como entidad nominadora;

El objeto social de la ESE Salud Chocó es el mismo de Dasalud en liquidación respecto a la prestación del servicio público de salud en el Departamento del Chocó; y

La señora Juana Nelly Martínez Rentería laboró en forma continua y sucesiva en ambas entidades en el cargo de auxiliar de enfermería.



Ahora bien, pese a que en las cláusulas 3.^a y 4.^a del Acta de Sustitución Patronal suscrita entre Dasalud en liquidación y la ESE Salud Chocó[19], las partes estipularon que era obligación de la primera entidad pagar las cesantías definitivas y demás prestaciones salariales y sociales causadas hasta el 15 de enero de 2008, es preciso reiterar que el numeral 4.º del artículo 69 del CST, consagra que el antiguo empleador puede 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.

De otra parte, el inciso 5 del precitado artículo 69 estipula: «[...] 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. [...]»

Al tenor de lo anterior y conforme el artículo 70 del CST, la regla acordada por las partes no es oponible a los empleados o trabajadores, ni constituye un imperativo de pago directo de las prestaciones (en este caso las cesantías) para el antiguo empleador hacia los trabajadores y

significa que no se pierde la solidaridad del nuevo patrono frente a las obligaciones del anterior, si este último no cumpliera con su deber de traslado o consignación.

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 en el 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 esta, para esta Corporación resulta claro que al 15 de enero de 2008 no se había hecho exigible ese derecho en favor de la señora Juana Nelly Martínez Rentería.

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, por tanto el derecho a las cesantías definitivas de la señora Martínez Rentería 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 demandante en el sentido de que se debe reconocer la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías para los años 2006 y 2007, es necesario señalar que al 14 de enero de 2010[20], fecha en que elevó la petición de pago, no se demostró que hubiese finalizado su vinculación con la entidad, por lo que una solicitud presentada antes de que surja el derecho no puede generar efectos sancionatorios.

En este sentido, la Subsección resalta que conforme a lo solicitado por la demandante en el libelo introductor y como quedó señalado en la fijación del litigio, los años por los cuales se reclama el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y que dieron origen al presente proceso, son entre el 2006 y 2007, se insiste, 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, en el sentido de que se consignen las cesantías correspondientes a los años 2006 y 2007, ello se avala en aras de la protección del derecho laboral al reconocimiento y pago de las cesantías no consignadas en su momento en el fondo respectivo, y que tampoco fueron pagadas con posterioridad.

Todo, en virtud de la solidaridad legalmente prevista 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 se demostró la terminación del vínculo laboral.

En lo que concierne a la inconformidad de la demandante referente a que no se debe ordenar la consignación de las cesantías de los años 2006 y 2007 al Fondo Nacional del Ahorro, pues la relación laboral terminó en el año 2009 y por tanto, no se encuentra vinculada a dicho Fondo, se observa que dicha pretensión no fue elevada en el libelo introductor y en este sentido, no es procedente su estudio. De otra parte, no se demostró su desvinculación del citado Fondo, por lo que un pronunciamiento en este sentido no es viable.

De igual forma, no es procedente el estudio de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías definitivas del año 2009, pues se reitera, tanto en la reclamación administrativa como en las pretensiones de la demanda, se solicitó el pago de la sanción moratoria regulada en la Ley 244 de 1995, por los años 2006 y 2007 que como se analizó en precedencia, no prospera.

En conclusión: A la demandante no le es aplicable la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, como quiera que no demostró el rompimiento del vínculo laboral en virtud de la sustitución patronal suscrita entre Dasalud en liquidación y la ESE Salud Chocó.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden se confirmará la sentencia de primera instancia que ordenó a Dasalud en liquidación adelantar las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a transferir al Fondo Nacional del Ahorro, el componente de las cesantías que le corresponden a la demandante por los años 2006 y 2007; y que denegó las súplicas de la demanda.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez[21] sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.
- b. Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c. Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[22], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente en el presente caso, no le asiste razón a la parte demandante al señalar que era procedente la condena en costas a las entidades demandadas, toda vez que según lo señalado en acápites anteriores y conforme el artículo 365 del Código General del Proceso, la parte demandada no resultó vencida en el proceso.

Ahora, no se impondrá a la demandante condena en costas en la segunda instancia, en la medida de que a pesar que resulta vencida en el proceso, las entidades demandadas no intervinieron en el trámite de la segunda instancia.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 26 de febrero de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, que accedió parcialmente a las pretensiones que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora Juana Nelly Martínez Rentería contra el departamento del Chocó y el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó –Dasalud- en liquidación.

Segundo Sin condena en costas en la segunda instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

[1] Folios 2 y 3.

[2] Folios 1 y 2.

[3] Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. (2015) EJRLB.

[4] Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

[5] Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

[6] Folios 251 a 266.

[7] Folios 282 a 286.

[8] Folios 310 a 321.

[9] El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o

se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

[10] «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

[11] La figura de la sustitución patronal fue introducida en el ordenamiento colombiano con el Decreto 652 de 1935, en su artículo 27, que reglamentó la Ley 10 de 1934. Posteriormente, se plasmó en el artículo 11 del Decreto-Ley 2350 de 1944, reproduciéndose tal precepto en la Ley 6ª de 1945, en su artículo 8º, inciso 3º, cuando se estableció que la sustitución del patrono no extingue los contratos de trabajo; y en seguida en el Decreto 2127 de 1945, artículos 53 y 54, y en la Ley 64 de 1946, artículo 2º, que se limitaron a definir dicha figura expresando que la sola sustitución no modifica el contrato de trabajo y estableciendo la solidaridad entre el empleador sustituto y el sustituido.---- Consecutivamente, los Decretos 2663 y 3743 de 1961, adoptados por la Ley 141 de 1961, actual Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 67. Ver providencia de la Sección Segunda Subsección B, de esta Corporación del 05-11-2015, Radicación número: 63001-23-33-000-2014-00060-01(4134-14), Actor: Arlex Alberto Osorio Ocampo, Demandado: Municipio de Génova.

[12] La expresión "patrono" del original de la norma se entiende reemplazada por el término "empleador", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 50 de 1990.

[13] Ver sentencia del 24 de octubre de 2012 con ponencia del consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. radicación 25000232500020060820301 (2411-11), Fabio Soler Sánchez contra la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación.

[14] 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).

[15] Ahora empleador.

[16] Ver folios 17 a 39.

[17] Conforme a las consideraciones del acta de sustitución patronal visible a folio 222 del cuaderno.

[18] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección

A, sentencia de 16 de noviembre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno: 0920-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 26 de octubre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno: 4190-2014; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 11 de septiembre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno: 0107-2017.

[19] Folios 37 y 38.

[20] Folios 12 y 13.

[21] Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013. Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

[22] "ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"



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

