

SUSTITUCIÓN PATRONAL – Configuración. Finalidad

La Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL850-2013, 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 del mismo, 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. **NOTA DE RELATORÍA:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión, sentencia de 9 de septiembre de 2017, M.P.: Jimena Isabel Godoy Fajardo, rad.: 51637.

SUSTITUCIÓN PATRONAL – Requisitos

La Sección Segunda en recientes pronunciamientos (...) 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, C.P.: William Hernández Gómez, rad.: 0890-15.

SUSTITUCIÓN PATRONAL – Perfeccionamiento / SUSTITUCIÓN PATRONAL – Efecto / RECONOCIMIENTO DE CESANTÍAS DEFINITIVAS - 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. En ese orden de ideas, la Sala encuentra acreditado de la valoración probatoria que, en el caso concreto, 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. Así las cosas, debido a que en el caso concreto en efecto, se encuentra acreditado que se configuró una sustitución patronal entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, sin que ello implique la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, por cuanto se encuentra probado que al 31 de enero de 2007 no había finalizado la relación laboral, y en tal sentido, no era exigible el derecho en favor de la señora María Amelis Rentería Machado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 27001-23-33-000-2013-00015-01(4687-14)

Actor: MARÍA AMELIS RENTERÍA MACHADO

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

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹ contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2014 por el Tribunal Administrativo del Chocó, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda.

La señora María Amelis Rentería Machado presentó demanda 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*, el 9 de enero de 2013², con el objeto de que se declare la nulidad del acto ficto negativo frente a la petición elevada el 14 de enero de 2010, por la cual le solicitó al Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación³, el pago de las cesantías, entre otras prestaciones sociales, y la sanción moratoria por el incumplimiento de la obligación.

¹ Según informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 25 de septiembre de 2015, que obra a folio 410 del expediente.

² Folio 53.

³ En adelante Dasalud.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías prevista en la Ley 244 de 1995⁴, modificada por la Ley 1071 de 2006⁵, por las anualidades de 1978 a 2000, 2006 y 2007. Igualmente, pidió el reconocimiento de los intereses moratorios y la indexación, de conformidad con el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y la condena en costas a la parte demandada dentro del proceso.

Fundamentos fácticos.-

La demandante señaló que laboró al servicio de Dasalud en el cargo de Auxiliar de Enfermería desde 1978 hasta el 31 de diciembre de 2007, tiempo durante el cual la demandante se afilió al Fondo Nacional del Ahorro, sin que la entidad pública empleadora le hubiere consignado las cesantías por las anualidades de 1978 hasta 2000, 2006 y 2007, así como tampoco las pagó a la terminación de la relación laboral⁶.

Manifestó que el 14 de enero de 2010 le solicitó a la entidad pública demandada, el pago de las prestaciones sociales insolutas y el reconocimiento de la sanción por la mora, respecto del cual se configuró el silencio administrativo negativo, cuya nulidad se pretende a través del presente medio de control.

Normas violadas y concepto de violación.-

Invocó como normas desconocidas las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo; y 99 de la Ley 50 de 1990⁷.

⁴ «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.»

⁵ «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.»

⁶ Según se observa en el acápite de hechos de la demanda que obra a folios 2 y 3 del expediente.

⁷ Folios 3 a 8 del expediente.

Adujo que la entidad demandada al omitir resolver la petición de reconocimiento de la aludida sanción, desconoció no solo este derecho fundamental, sino además, el de la igualdad y el mínimo vital, por cuanto a la terminación de la relación laboral con la entidad pública demandada, no le fueron pagadas las cesantías definitivas dentro del término previsto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. Por consiguiente, se generó la penalidad establecida en la ley, con ocasión del detrimento económico causado al empleado con el incumplimiento de la obligación.

Contestación de la demanda.

Las entidades públicas demandadas contestaron la demanda de manera extemporánea.

Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo del Chocó mediante sentencia proferida el 4 de junio de 2014⁸, consideró que de acuerdo con el acta de sustitución patronal que obra dentro del expediente, suscrita entre Dasalud y la Empresa Social del Estado Salud Chocó⁹, a partir del 15 de enero de 2008, los centros administrados por la primera de las entidades señaladas, pasarían a ser operados por la segunda de ellas.

En cuanto a la actora, encontró acreditada su inclusión entre los empleados que migraron de Dasalud a la ESE Salud Chocó, sin solución de continuidad, por lo que concluyó que no hubo rompimiento en la continuidad del servicio, pues de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978¹⁰, ello solo se configura en el evento en el que medie una interrupción del servicio por más de 15 días.

⁸ Folios 336 a 352.

⁹ ESE Salud Chocó.

¹⁰ "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

[...]

Refirió que la demandante alegó la finalización de la relación laboral el 31 de diciembre de 2007, por ende, solicitó el pago de las cesantías definitivas, las cuales se hacen exigibles al momento de la desvinculación del empleado; no obstante, debido a que de la valoración del acervo probatorio se demostró la vigencia del vínculo con ocasión de la sustitución patronal, no se originó el derecho a la cancelación final de la aludida prestación social y tampoco la sanción moratoria.

Frente al incumplimiento de la obligación de consignación de las cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro por las anualidades objeto de la *litis*, indicó que la ausencia de recursos suficientes para el cumplimiento de las obligaciones laborales, no constituye excusa insuperable para desconocer derechos laborales.

Por lo anterior, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, y en aras de garantizar los derechos ciertos e irrenunciables consagrados en el artículo 53 superior, le ordenó a Dasalud que adelante las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a la consignación de las cesantías al FNA, por las anualidades de 1998 a 2000, 2006, 2007; y compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación, Procuraduría Departamental, Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación y a la contraloría departamental, para que investigara la conducta de los funcionarios que dieron lugar a la decisión condenatoria.

Parte demandante – recurso de apelación

La inconformidad con la decisión se fundamentó en que el Tribunal Administrativo del Chocó no consideró que, en virtud del acta de sustitución patronal, Dasalud se comprometió a asumir todas las deudas causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2007, ya que a partir del 1º de enero de 2008, todos los funcionarios pasaron a la ESE Salud Chocó, entre ellos, la apelante.

Artículo 45º.- De la bonificación por servicios prestados.
Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.”

Agregó que a través de la Resolución 001 de 12 de noviembre de 2009, la ESE Salud Chocó suprimió su planta de personal, por lo que igualmente, eliminó el cargo de Auxiliar de Enfermería desempeñado por la actora, según comunicación de 2 de diciembre de la misma anualidad. Por consiguiente, el vínculo laboral feneció desde ese momento, de tal manera que, a la fecha de presentación de la demanda, el mismo ya no se encontraba vigente.

Adujo que, en el presente caso, no se configuró el término de la prescripción, pues dicho plazo inicia a la finalización de la relación laboral, y para el caso concreto, ello acaeció el 2 de noviembre de 2009 y la reclamación administrativa se presentó en el año 2010, sin que por ende, se hubiera causado dicho fenómeno jurídico.

Resaltó la importancia de las cesantías y expuso que, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 244 de 1995, el legislador estableció un plazo perentorio para que la administración liquidara dicha prestación social, en aras de evitar perjuicios a los empleados. En consecuencia, solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia, para que en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda¹¹.

CONSIDERACIONES

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:

Problema jurídico.-

¹¹ Recurso de apelación visible a folios 369 a 373.

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

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 cesantías definitivas?

Analizado lo anterior, corresponderá resolver el objeto del litigio, el cual consiste en establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995¹² subrogada por la Ley 1071 de 2006¹³, al considerar que no le fue reconocida y pagada la prestación social, con ocasión de la terminación de la relación laboral.

Para resolver el problema jurídico planteado, 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, y en tal virtud, la continuidad del vínculo laboral.

De la sustitución patronal.

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 estatuto regula que la sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.

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

¹² “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.”

¹³ “por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.”

«Artículo 69. Responsabilidad de los empleadores.

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

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL850-2013¹⁴, 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 del mismo, impide la configuración de dicha figura. En esta oportunidad, esa 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.

¹⁴ Sentencia de 6 de septiembre de 2017. Radicación 51637. M.P. Jimena Isabel Godoy Fajardo.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que a efectos de que se configure la, deberán 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». ¹⁵

A su vez, la Corte Constitucional en sentencia T-954/11 ¹⁶, 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.»

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, puesto que esta Corporación ha hecho pronunciamientos en los cuales hace alusión al mecanismo en comento.

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.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral. SL15929 de 3 de octubre de 2017. Radicación 50889. M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero.

¹⁶ C.P. Jorge Iván Palacio Palacio

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). [...]»¹⁷

Igualmente, la Sección Segunda¹⁸ 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 patrono¹⁹ 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.»

De la solución del caso.

En el *sub júdice*, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda. En cuanto al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995²⁰ subrogada por la Ley 1071 de 2006²¹, expuso 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, se configuró ninguno de los requisitos de orden legal, para la liquidación de las parciales.

La parte demandante, en el recurso de apelación manifestó su inconformidad con la decisión del Tribunal Administrativo del Chocó, bajo el argumento que en virtud del acta de sustitución patronal, Dasalud se comprometió a asumir todas las

¹⁷ Ver sentencia del 24 de octubre de 2012 con ponencia del Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación 25000232500020060820301 (2411-11). Fabio Soler Sánchez contra la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación.

¹⁸ 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).

¹⁹ Ahora empleador.

²⁰ “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.”

²¹ “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.”

deudas causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2007, ya que a partir del 1º de enero de 2008, todos los funcionarios pasaron a la ESE Salud Chocó, entre ellos, la apelante.

Así mismo, manifestó que a la fecha de presentación de la demanda, se había producido el retiro del servicio en virtud de la supresión de la planta de personal de la ESE Salud Chocó a través de la Resolución 001 de 12 de noviembre de 2009, decisión administrativa que, entre otros, eliminó el cargo de Auxiliar de Enfermería ejercido por la apelante.

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

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

1) Copia simple de la Resolución 210 de 31 de marzo de 1978, proferida el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Chocó, cuyo objeto fue nombrar a la demandante, entre otros funcionarios, en el cargo de Promotora Rural Voluntaria²², del cual tomó posesión en la misma fecha²³. La renuncia le fue aceptada a través de la Resolución 1368 de 6 de septiembre de 1989, a partir de su expedición²⁴.

2) Copia simple de la Resolución 1367 de 6 de septiembre de 1989, por la cual el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Chocó, nombró a la actora en el cargo de Ayudante de Enfermería del Hospital San Roque del Carmen de Atrato, cuya posesión se produjo el 11 del mismo mes y anualidad, según se observa en el Acta 130 que data de la fecha señalada²⁵.

²² Folio 42.

²³ Según se observa a folio 66.

²⁴ Folio 227.

²⁵ Folio 41.

3) Copia simple de la Resolución 12605 de 13 de septiembre de 1994²⁶, suscrita por la Secretaria Ejecutiva y el Director Técnico de Apoyo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, «Por la cual se inscribe en el Escalafón de la Carrera Administrativa a unos empleados del Subsector Oficial del Sector Salud» en los cargos asimilados de la planta de personal del Servicio Seccional de Salud del Chocó. La demandante fue asimilada al empleo de Ayudante.

4) Resolución 899 de 25 de mayo de 1995²⁷, por la cual el Jefe del Servicio Seccional de Salud Chocó (E), nombró de manera provisional a la señora Rentería Machado en el cargo de Auxiliar de Enfermería.

5) Copia de la Resolución 05338 proferida por el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Chocó²⁸, en la que se resolvió trasladar a la actora del cargo de Ayudante de Enfermería del Hospital de San Roque del Carmen de Atrato al Hospital Local Eduardo Santos de Itsmina, con la misma asignación mensual y horario de trabajo, a partir de la fecha de expedición.

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

« [...] **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 BAGADO				
N.º	CEDULA	APELLIDOS Y NOMBRES	CARGO	ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL
14	20.290.181	MARÍA AMELIS RENTERÍA M.	AUXILIAR ENFERMERÍA	947.182

²⁶ Folio

²⁷ Folio 246.

²⁸ Folio 38.

[...]»

7) Copia del Acta de transferencia y/o entrega de activos y pasivos afectos a la prestación del servicio de Salud que prestaba Dasalud a la ESE Salud Chocó, así como la sustitución patronal del personal que laboraba en la entidad intervenida, suscrita por el Agente Interventor del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social de la entidad territorial demandada y la Gerente de la Empresa Social del Estado Salud Chocó²⁹.

- De los documentos relacionados con la consignación de las cesantías de la demandante.

De acuerdo con las pruebas decretada de oficio en la Audiencia Inicial celebrada el 20 de noviembre de 2013³⁰, la Coordinadora de Cesantías del FNA, allegó a través del Oficio 03962 de 25 de noviembre de 2013³¹, los siguientes documentos:

1) El extracto interno de cesantías de 10 de diciembre de 2013, en el que se observan consignaciones por las anualidades de **1978 a 1998** y retiros parciales en las siguientes fechas: 09/11/1998, 20/03/1999 y 20/07/1999³².

2) El extracto individual de la misma fecha, en el cual se evidencian los siguientes abonos y retiros por las anualidades de **1999 a 2009**³³:

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

De acuerdo con el acervo probatorio y el criterio jurisprudencial de esta Corporación, la Sala resolverá los cargos formulados por la demandante en el recurso de apelación, de manera independiente, así:

²⁹ Folios 46 a 48.

³⁰ Folios 202 a 207.

³¹ Folios 213 a 2014.

³² Folio 215.

³³ Folios 216 a 219.

La parte actora plantea en primer lugar, que la relación laboral con Dasalud tuvo vigencia desde 1978 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:

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 Patronal³⁴, 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, según se evidencia del Acta de Transferencia de Hospitales, Centros y Puestos de Salud³⁵, suscrita entre las entidades mencionadas.

iii) La continuidad de los servicios. La señora María Amelis Rentería Machado laboró en ambas entidades en el mismo cargo, es decir, como Auxiliar de Enfermería.

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.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra acreditado de la valoración probatoria que, en el caso concreto, 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.

Así las cosas, debido a que en el caso concreto en efecto, se encuentra acreditado que se configuró una sustitución patronal entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, sin que ello implique la obligación de reconocimiento y pago de las

³⁴ Según se observa a folio 311 del expediente.

³⁵ Folio 47.

cesantías definitivas, por cuanto se encuentra probado que al 31 de enero de 2007 no había finalizado la relación laboral, y en tal sentido, no era exigible el derecho en favor de la señora María Amelis Rentería Machado.

Ahora bien, la parte actora alegó en la demanda que laboró al servicio de Dasalud desde **1978 hasta el 31 de diciembre de 2007**; sin embargo, en la impugnación adujo como un hecho nuevo, el que la vinculación laboral finalizó el **2 de diciembre de 2009**, cuando se le comunicó que había sido eliminado su cargo de Auxiliar de Enfermería, debido a la supresión de la ESE Salud Chocó, ordenada a través de la Resolución 001 de 12 de noviembre de 2009³⁶.

Frente a ello, esta Corporación ha sostenido que no es posible variar los fundamentos fácticos sustento de las pretensiones, según lo ha señalado el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, en aras de materializar el derecho de defensa de la contraparte y el principio de congruencia al cual se encuentra sujeto el juez³⁷.

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 2 de diciembre de 2009, se precisa que la discusión versó acerca de la vigencia de la relación laboral sustituida entre el antiguo y nuevo empleador, por lo que no se acreditó la terminación de la misma el 31 de diciembre de 2007, y sin que el hecho nuevo alegado por la actora en el recurso de apelación influya en la resolutive de la presente decisión.

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 4 de junio de 2014, en cuanto negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995³⁸, modificada por la Ley 1071 de 2006³⁹.

³⁶ Folio 370 del expediente.

³⁷ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de febrero de 1995. Exp. S-123. C.P. Consuelo Sarria Olcos.

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

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 de 4 de junio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, en tanto negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y 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

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

