



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 27001-23-33-000-2012-00074-01 (4356-2014)

Demandante: MAIRA ALEJANDRA NÚÑEZ AMAYA

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ y DASALUD EN LIQUIDACIÓN
LEY 1437 DE 2011**

SO. 0168

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 28 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, que denegó las súplicas de la demanda instaurada por la señora Maira Alejandra Núñez Amaya en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA, contra la decisión ficta relacionada con la actuación administrativa a través de la cual el departamento del Chocó y el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (DASALUD EN LIQUIDACIÓN), le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que consagra la Ley 244 de 1995, por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías definitivas.

ANTECEDENTES

A través de apoderada judicial, la señora Maira Alejandra Núñez Amaya, solicitó se declare la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo, generado por la ausencia de respuesta por parte del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (DASALUD EN LIQUIDACIÓN), ante la petición que elevó el 14 de agosto de 2009, en la que requirió el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías definitivas, que había solicitado desde el 29 de mayo de 2009.

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 reglamentada por la Ley 1071 de 2006, ante el no pago oportuno de las cesantías definitivas del año 2007, «desde el 8 de septiembre de 2009 hasta la fecha que se realice el pago»; que la liquidación de estas condenas se efectúe en sumas líquidas de moneda de curso legal con base en el IPC o al por mayor según el artículo 195 del CPACA; y que se cumpla la sentencia en los términos de los artículos 189, 192, 193 y 195 del mismo código.

Como **hechos** relató: (1) que laboró al servicio del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (DASALUD EN LIQUIDACIÓN), en el cargo de médica en el Centro de Salud «Novita» [error: es Nuquí] entre el 9 de marzo de 2007 y el 31 de diciembre de 2007; (2) que dicha entidad no le ha cancelado las cesantías definitivas junto con las demás prestaciones sociales, pese a que el 29 de mayo de 2009 se las solicitó a través de derecho de petición y que el 14 de agosto de 2009 pidió la sanción moratoria correspondiente, según lo establecen las Leyes 50 de 1990, 244 de 1995 y 1071 de 2006; y (3) que sobre estas solicitudes no obtuvo ninguna respuesta.

Como **normas violadas** invocó: los artículos 53 de la Constitución Política; 1 del Decreto 2712 de 1999; 2 numeral 1 ordinal a), 3 ordinales a) y b), 28 y 37 del Decreto 3118 de 1968; 99 de la Ley 50 de 1990; 83, 138, 189, 192, 193 y 195 de la Ley 1437 de 2012; 302, 303, 307 de la Ley 1564 de 2012; Ley 1071 de 2006; y Ley 244 de 1995.

En el **concepto de violación** adujo que el acto ficto se configuró como producto del silencio en el que incurrió la administración, porque luego de transcurridos 4 años, no ha resuelto la petición que le formuló, relacionada con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante el incumplimiento en la consignación de las cesantías definitivas.

Adujo que se debe tener en cuenta que tal como esta Corporación lo ha señalado, según el artículo 2 de la Ley 244 de 1996, el tiempo para que se genere la indemnización moratoria se debe contar desde que el interesado radica la petición de reconocimiento y pago de cesantías definitivas, «es decir quince (15) días

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponde a la ejecutoria, en el evento en que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, [...] mas (sic) cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedo (sic) en firme la resolución, para un total de sesenta y cinco (65) días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria».

Ni DASALUD EN LIQUIDACIÓN ni el departamento del Chocó dieron **respuesta a la demanda**, tal como lo hace constar la Secretaría del tribunal a folio 64 y como lo ratifica la magistrada ponente en el acta de audiencia inicial que se aprecia a folio 118.

En el **acta de audiencia inicial** luego de ser saneado el proceso; de estar conformes las partes respecto a la no configuración de causal de nulidad que lo afectara; y de declarar la no existencia de excepciones previas, puesto que la parte demandada no dio respuesta a la demanda, procedió a fijar el litigio, no sin antes aclarar que la primera petición que la accionante presentó tiene fecha del 29 de mayo de 2009 y que la radicó el mismo día, y que la segunda data del 14 de agosto de 2009 y la radicó el 18 de agosto de 2009.

Se fijó el litigio en los siguientes términos:

1.-Se debe establecer si el acto ficto o presunto es nulo porque viola las normas superiores en que debía fundarse, se cita como normas violadas las siguientes artículo 53 de la Constitución Política, Decreto 2712 de 1991 artículo 1°, Decreto 3118 de 1968 artículo 1° ordinal A, artículo 2 ordinales a y b, artículo 3, artículo 28 y artículo 37, Ley 1071 de 2006, Ley 244 de 1995, Ley 50 de 1990, artículo 99, numeral 3°, artículos 85 y 40 del C.C.A., 2. -Como consecuencia se debe condenar a las entidades demandadas al pago de las cesantías definitivas correspondientes a los años 2005 a 2009, por lo que no consignó en forma oportuna al Fondo Nacional de Ahorro y a su vez que se le liquide, reconozca y cancele la sanción moratoria por el incumplimiento de la transferencia de cesantías al Fondo Nacional del Ahorro donde se encuentra afiliada la señora MARIA [error: es MAIRA] ALEJANDRA NUÑEZ AMAYA.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Chocó, en sentencia escrita de 28 de marzo de 2014, denegó las pretensiones de la demanda, luego de señalar que en este asunto corresponde establecer «si a la demandante le asiste el derecho al

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

reconocimiento y pago de la sanción moratoria reclamada por no pago de sus cesantías definitivas, consagrada en el artículo 2° de la Ley 244 de 1995». Asimismo, aclaró que se pronunció contra la Gobernación del departamento del Chocó, de la cual depende DASALUD EN LIQUIDACIÓN, que a su vez carece de personería jurídica, según lo establecido por la Ordenanza 24 de 1997 y el Decreto Ordenanzal 992 de 1997.

Al efecto estimó que, según lo probado en el proceso, la demandante trabajó en DASALUD EN LIQUIDACIÓN desde el 9 de marzo de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007, y que luego, por virtud de la sustitución patronal entre aquella y la ESE Salud Chocó, empezó a laborar al servicio de ésta última desde el 15 de enero de 2008, sin que se configurara solución de continuidad, porque no mediaron más de 15 días hábiles de interrupción en el servicio; de manera que lo que se produjo fue un cambio de empleador y no la terminación de la relación laboral, «de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso», que generara el derecho al pago de las cesantías definitivas y con ello la sanción moratoria por su no oportuna consignación.

No obstante lo anterior, ordenó a DASALUD EN LIQUIDACIÓN consignar en el Fondo Nacional del Ahorro a favor de la demandante las cesantías del año 2007 con los correspondientes intereses a las cesantías, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, pues no es excusa insuperable para la entidad no poder efectuar la consignación de las mismas por ausencia de recursos suficientes para pagar en forma oportuna los derechos derivados de los vínculos laborales, porque los reconocimientos y pagos prestacionales están íntimamente ligados con el derecho al trabajo y a la dignidad humana. Finalmente, ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría General de la «Nación» (sic) y a DASALUD para que se investigue la conducta de quienes con su omisión dieron lugar a esta decisión. No condenó en costas.

LA APELACIÓN

La demandante por intermedio de apoderada interpuso el recurso de alzada, porque en su opinión la sentencia se edificó sobre una prueba que no obra en el proceso, y que había solicitado en su debido momento con el fin de demostrar,

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

que si bien emigró a la ESE SALUD CHOCÓ por virtud de la sustitución patronal, lo cierto es que para el año 2009 cuando reclamó las cesantías definitivas y la sanción moratoria, ya no estaba vinculada, razón por la cual se ha debido declarar la nulidad de la actuación acusada y ordenar el pago de la sanción moratoria.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ni el demandante ni la parte demandada ni el Ministerio Público intervinieron en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

CUESTIONES PRELIMINARES

En primer término, se hace necesario precisar que el 29 de mayo de 2009 la demandante le solicitó el agente interventor de DASALUD EN LIQUIDACIÓN el pago de las cesantías definitivas, sin que recibiera respuesta alguna (fol. 13), por lo que el 14 de agosto de 2009 (fols. 12) elevó petición ante el mismo agente en el sentido de que se le cancelara la sanción moratoria correspondiente, sin que tampoco se manifestara al respecto, y precisamente lo que pretende al acudir ante esta jurisdicción es el pago de la sanción moratoria originada en el no pago oportuno de sus cesantías definitivas.

De manera que el acto ficto producto del silencio administrativo negativo frente al cual corresponde emitir pronunciamiento en esta oportunidad, es el que se generó por la ausencia de respuesta por parte de dicho departamento administrativo a la última petición que la demandante le presentó el 14 de agosto de 2009¹, en la medida en que contiene la solicitud relacionada con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías definitivas que aún no se le han pagado.

¹ En el expediente consta que esta petición fue radicada ante la entidad el 19 de agosto de 2009 como se observa a folio 12.

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

En segundo término, se debe aclarar que cuando la accionante solicitó ante el empleador tanto las cesantías definitivas como la sanción moratoria por la ausencia de su pago oportuno, no hizo alusión en forma específica al periodo al cual correspondían una y otra (fols. 12 y 13); en las pretensiones contenidas en la demanda indicó que se le debían liquidar, reconocer y pagar a título de sanción moratoria las cesantías correspondientes al año 2007 (fol. 1); el tribunal en la audiencia inicial al fijar el litigio señaló que las pedidas eran las cesantías definitivas de los «años 2005 a 2009» (fol. 119), y en la sentencia indicó que el problema jurídico gravitaba en torno al reconocimiento y pago de las cesantías del año 2007 (fol. 275).

Por su parte, el Fondo Nacional del Ahorro, en escrito de 23 de septiembre de 2013, hizo constar que la ESE SALUD CHOCÓ EN LIQUIDACIÓN aportó y reportó las cesantías correspondientes «a las vigencias fiscales de 2008», además indicó que «No aparece en la base de datos que ninguna otra entidad, incluida el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL CHOCÓ, haya aportado y reportado suma alguna a nombre de la mencionada señora por concepto de cesantías», y que SERVISALUD CHOCÓ legalizó «los reportes anuales consolidados de sus trabajadores afiliados al FNA hasta la vigencia fiscal 2005, [...]» (fol. 160).

Luego, el 21 de septiembre de 2017, se profirió auto para mejor proveer con el fin de que al despacho se le informara por parte de DASALUD EN LIQUIDACIÓN cuál había sido el lapso de vinculación laboral de la demandante (fol. 335), por lo que el 8 de octubre de 2017 el representante legal de ABOGADOS Y CONSULTORES JUGONC SAS mandatario-liquidador de DASALUD, certificó que «laboró en el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó, hoy en liquidación, desde el **09 de Marzo de 2007 hasta el 31 de Diciembre de 2007**, ocupando el cargo de Médico S.O.S., en el centro de Salud de Nuquí. Que según Acta de Sustitución Patronal paso (sic) a la E.S.E Chocó el 31/12/2007» (fol. 355).

Y por su parte, el 15 de noviembre de «2013», el mandatario de la «ESE Salud Chocó liquidada post-cierre» certificó que «de acuerdo al Acta de Sustitución Patronal suscrito (sic) entre la ESE SALUD CHOCÓ y EL DEPARTAMENTO

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL CHOCÓ, la ex funcionaria laboró, **desde el 15 de enero de 2008 al 07 de marzo de 2008**, [...]» (fol. 356).

De conformidad con la documental descrita, se establece que: la demandante laboró en DASALUD EN LIQUIDACIÓN desde el 9 de marzo de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007 y al servicio de ESE Salud Chocó desde el 15 de enero de 2008 hasta el 7 de marzo de 2008; que las cesantías correspondientes al 2008 fueron consignadas en el Fondo Nacional del Ahorro por parte de la ESE Salud Chocó en liquidación; y que DASALUD EN LIQUIDACIÓN no consignó en dicho fondo las que corresponden al año 2007; por manera, que corresponde emitir pronunciamiento respecto de las cesantías causadas en esta última anualidad.

PROBLEMA JURÍDICO

En esta oportunidad la controversia se contrae a establecer si a la demandante le asiste el derecho a que DASALUD EN LIQUIDACIÓN le pague la sanción moratoria correspondiente a las cesantías del año 2007, no obstante la sustitución patronal que tuvo ocurrencia entre esa entidad y la ESE Salud Chocó.

A fin de desatar la controversia planteada inicialmente, se hará alusión a la normativa que regula los temas concernientes tanto a las cesantías definitivas como a la sustitución patronal, para luego de la reseña de la documental que obra en el proceso, establecer si a la actora le asiste la razón en lo que pretende.

DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS

Lo primero que se debe advertir es que el auxilio de cesantías es una prestación social de carácter especial, en la medida en que se constituye en un ahorro forzoso que hace el empleado y con el cual cuenta para el evento en el que quede inactivo laboralmente.

Pues bien, la Ley 50 de 1990 en el artículo 99² expresamente constituyó el régimen anualizado de liquidación de la cesantía, cuando en su numeral 1 señaló,

² Ley 50 de 1990. Artículo 99. «El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo. 2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12%

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

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

El numeral 2 de la norma antes citada, ordenó la cancelación de los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente; en tanto que, en su numeral 3, fijó la sanción moratoria cuando no se efectúe de manera oportuna la consignación del auxilio en el fondo privado en el que se encontrara afiliado el trabajador, que consiste en el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ en el artículo 1 prescribe, que los servidores públicos de todos los órdenes, pueden solicitar la liquidación de las cesantías definitivas, debiendo la entidad expedir la resolución correspondiente. En su artículo 2, la referida ley dispone que la entidad pública pagadora cuenta con un plazo máximo de 45 días hábiles para cancelar la prestación a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena dicha liquidación.

Por último, su parágrafo manda que, en caso de mora en el pago de esas cesantías definitivas, la entidad obligada, de sus propios recursos, deberá reconocer y cancelar al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que su pago se haga efectivo, para lo que solo basta la acreditación de la no cancelación dentro del término legal previsto, y siempre que la mora en el pago no se produzca por culpa imputable al servidor.

anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente. 3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. 4a. Si al término de la relación laboral existieron saldo de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos. 5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto. [...]».

³ Ley 244 de 1995. «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».

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
 Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
 Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

Vale la pena resaltar, que este artículo, incluido su párrafo, fue posteriormente reiterado en su tenor literal por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006⁴, norma reglamentaria de la Ley 244 de 1995.

DE LA SUSTITUCIÓN PATRONAL

El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 67⁵ señala que la sustitución patronal consiste en todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, que el mismo no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios⁶; lo anterior, con la finalidad de que los trabajadores no vean afectada su situación tanto laboral como prestacional, con ocasión del traspaso o la mutación en el dominio de una empresa⁷. En su artículo 68⁸ determina, que **la sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes**.

En cuanto a la responsabilidad de los empleadores, el artículo 69⁹ en el numeral 4 establece que el anterior empleador puede acordar con todos o con cada uno de

⁴ Ley 1071 de 2006. «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 los términos para su cancelación».

⁵ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 67. «Definición. Se entiende por sustitución de empleadores 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».

⁶ La Corte Constitucional, en sentencia T-395 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra consideró que «En la legislación colombiana, se estableció la sustitución patronal desde 1935 (artículo 27 del decreto 652 de tal año), reglamentario de la ley 10 de 1934, que dijo: 'Para los efectos de la ley que se reglamenta, se considerará como una misma empresa, la que haya conservado en sus líneas generales el mismo giro del negocio u ocupaciones con las variaciones naturales del progreso, ensanche o disminución, aun cuando hubiere cambiado de nombre, patrono o dueño'. Posteriormente, el inciso 3° del artículo 8° de la ley 6ª de 1945 estatuyó que la sola sustitución del patrono no extingue los contratos de trabajo. Esta ley fue desarrollada por el decreto 2127 de 1945 que en su artículo 53 definió la sustitución de patronos como 'toda mutación del dominio sobre la empresa o negocio o de su régimen de administración sea por muerte del primitivo dueño, o por enajenación a cualquier título, o por transformación de la sociedad empresaria o por contrato de administración delegada o por otras causas análogas. Posteriormente se expidió la ley 64 de 1946 en el mismo sentido [...]».

⁷ Al respecto consultar sentencia de la Sección Tercera de la corporación de 5 de marzo de 2015, radicado: 35.629, demandante: Marco Fidel Reales Tejada, demandado: Nación, Consejo Superior de la Judicatura, y de la Corte Constitucional sentencia T-768 de 2005.

⁸ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 68 «La sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes».

⁹ Código Sustantivo del Trabajo. 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**

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

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.

En su numeral 5 dispone que si ese acuerdo no se celebra, 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».

Y, de acuerdo con el numeral 6, el nuevo empleador puede concertar 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».

En el artículo 70¹⁰ ordena que el antiguo y el nuevo empleador pueden acordar modificaciones de sus propias relaciones, pero prevé que los acuerdos no afectan los derechos consagrados en favor de los trabajadores en el artículo anterior.

De conformidad con estas normas es posible colegir que la figura de la sustitución patronal implica la existencia de las siguientes condiciones: **i)** el cambio de un empleador a otro; **ii)** la continuidad de la empresa; **iii)** la continuidad de los servicios del empleado mediante el mismo contrato de trabajo¹¹; y **iv)** la posibilidad

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. [...]».

¹⁰ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 70. «[...] 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 [...]».

¹¹ Consejo de Estado sentencia de 24 de octubre de 2012, radicado: 2411-11, demandante: Fabio Soler Sánchez, demandado: Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría de Educación, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En esta providencia se consideró: «[...] Ha sido pacífica la jurisprudencia de esta Corporación, con apoyo en la normatividad aludida, que la sustitución patronal no altera las relaciones

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

de que los empleados exijan el reconocimiento y pago de sus cesantías frente al anterior empleador o ante el sustituto, entre los cuales existe responsabilidad solidaria, si no han acordado lo contrario, que en todo caso no puede no afectar los derechos consagrados en favor de los trabajadores.

DE LO ACREDITADO EN EL PROCESO

La demandante fue nombrada por medio de la Resolución 327 del 14 de febrero de 2007, en el cargo de médica en el centro de salud Nuquí «por un término de seis (6) meses y tiempo completo de trabajo». El 9 de marzo de 2007 tomó posesión de dicho empleo (fols. 18 y 17).

El jefe de la División de Talento Humano del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó, en certificación de 17 de septiembre de 2012 señaló que la demandante **laboró** «en el cargo de médica en el centro de salud de Nuquí, desde **el 9 de marzo de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007** y devengó una asignación mensual de \$2.487.435 M/L» (fol. 16).

Como se anticipó, el mandatario de la «ESE Salud Chocó liquidada post-cierre» certificó que «de acuerdo al Acta de Sustitución Patronal suscrito (sic) entre la ESE SALUD CHOCÓ y EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL CHOCÓ, la ex funcionaria laboró, **desde el 15 de enero de 2008 al 07 de marzo de 2008**, [...]» (fol. 356).

En efecto, el 26 de marzo de 2008 fue suscrita acta de sustitución patronal entre DASALUD EN LIQUIDACIÓN y la ESE SALUD CHOCÓ, con fijación del 15 de enero de 2008 como fecha efectiva en la que operó dicha sustitución, en cumplimiento de sentencia de 4 de septiembre de 2007 emitida por el Juzgado 1 Administrativo del Chocó, en razón de la liquidación de la primera entidad. Por tal motivo, se dispuso el traslado del recurso humano que laboraba en los hospitales, centros y puestos de salud adscritos a dicho departamento de salud con destino a esa empresa

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)¹¹.

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

social del Estado, y se constata que la demandante se encuentra incluida dentro del personal trasladado, tal como se consigna en la cláusula primera¹² (fol. 159 cuaderno 1).

En la cláusula segunda de dicha acta, se estipuló que la referida empresa social del Estado asumiría y se obligaría a responder por la totalidad de las obligaciones laborales y las cesantías de los trabajadores oficiales y/o funcionarios públicos en cada uno de los fondos en los que se encontraran afiliados que se generaran y/o causaren desde la fecha efectiva de la sustitución patronal¹³, especialmente respecto del Fondo Nacional del Ahorro.

Por su parte, en la cláusula tercera, DASALUD EN LIQUIDACIÓN se obligó a asumir todas las sanciones, recargos, liquidaciones, indemnizaciones o cualquier otro concepto distinto a los contemplados y regulados en los anteriores numerales, que se causen con posterioridad a la fecha efectiva pero que tengan origen en el no pago, en el retardo o en el incumplimiento total o parcial de las obligaciones causadas a su cargo antes de la fecha efectiva¹⁴.

En la cláusula cuarta, DASALUD EN LIQUIDACIÓN en relación con los compromisos laborales, se obligó a pagar todos aquellos que se causaron antes de la fecha

¹² «CLAUSULA PRIMERA. SUSTITUCIÓN 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 NUQUÍ [...] MAIRA ALEJANDRA NUÑEZ AMAYA ».

¹³ «CLAUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES LABORALES ASUMIDAS POR LA E.S.E. SALUD CHOCÓ. La E.S.E. SALUD CHOCÓ **asume y se obliga a responder por la totalidad de las obligaciones de carácter laboral a favor de los trabajadores que se generen y/o causen a partir de la fecha efectiva**; y a realizar la afiliación de manera inmediata de los empleados al sistema integral de seguridad social como son: pensiones, salud, riesgos profesionales, cajas de compensación familiar y aportes parafiscales y/o reportar el cambio patronal. **De igual manera se procederá en lo concerniente a las cesantías de cada uno de los trabajadores oficiales y/o funcionarios públicos, en cada uno de los fondos en que se encuentren afiliados, especialmente al fondo nacional del ahorro**».

¹⁴ «CLAUSULA TERCERA. OBLIGACIONES LABORALES ASUMIDAS POR DASALUD CHOCO, DASALUD CHOCO **asume la totalidad de las obligaciones de carácter laboral, incluyendo mesadas pensionales, resultantes de las normas laborales aplicables que se hayan generado y/o causado hasta la fecha efectiva. Las transferencias o aportes parafiscales que se hayan generado y/o causado antes de la fecha efectiva, incluyendo los aportes por concepto de seguridad social, cajas de compensación social, cajas de compensación, Sena e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Las tasas, impuestos y contribuciones que resulten de las normas laborales aplicables, que se hayan causado con anterioridad a la fecha efectiva. Todas las sanciones, recargos, liquidaciones, indemnizaciones o cualquier otro concepto distinto a los contemplados y regulados en los anteriores numerales que se causen con posterioridad a la fecha efectiva pero que tengan origen en el no pago, en el retardo o en el incumplimiento total o parcial de las obligaciones causadas a cargo de DASALUD CHOCÓ antes de la fecha efectiva**».

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

efectiva de la sustitución patronal, mientras que la ESE SALUD CHOCÓ se comprometió a asumir las mismas obligaciones que se hicieran exigibles con posterioridad a la fecha efectiva¹⁵.

El 29 de mayo de 2009, la accionante, en conjunto con otras personas, presentó ante DASALUD EN LIQUIDACIÓN la solicitud de «reconocimiento de cesantías definitivas [...], toda vez que Dasalud - Chocó, no ha cancelado, ni trasferido los recursos al Fondo Nacional del Ahorro, [...] (fol. 13).

El 14 de agosto de 2009, presentó petición, que fue radicada el 18 de agosto de 2009 ante el agente interventor de DASALUD EN LIQUIDACIÓN, a fin de que:

[...] se reconozca la sanción moratoria por el no pago de mis cesantías definitivas (fol. 12).

No existe prueba que demuestre que esta entidad hubiera dado respuesta a la anterior petición.

El 23 de septiembre de 2013, el Fondo Nacional del Ahorro hizo constar que la **ESE Salud Chocó** en liquidación **aportó y reportó las cesantías correspondientes «a las vigencias fiscales de 2008», que «No aparece en la base de datos que ninguna otra entidad, incluida el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó, haya aportado y reportado suma alguna a nombre de la mencionada señora por concepto de cesantías»,** y que Servisalud Chocó legalizó «los reportes anuales consolidados de sus trabajadores afiliados al FNA hasta la vigencia fiscal 2005, [...]» (fol. 160).

CASO CONCRETO

De acuerdo con lo analizado en los anteriores acápite y en concordancia con lo probado en el proceso, es evidente que la demandante trabajó al servicio de DASALUD EN LIQUIDACIÓN en el cargo de médica en el Centro de Salud de Nuquí desde el 9 de marzo de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007, y que con ocasión

¹⁵ «CLAUSULA CUARTA. PAGO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES. DASALUD CHOCO, se obliga a pagar todas las obligaciones laborales de los empleados que, de acuerdo con las normas laborales aplicables, sean exigibles a antes (sic) e la fecha efectiva. La E.S.E 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, se hagan exigibles a favor de los empelados después de la fecha efectiva».

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

de la sustitución patronal que tuvo lugar entre dicha entidad y la ESE SALUD CHOCÓ, si bien es cierto inició labores en esta empresa social del Estado desde el 15 de enero de 2008, hay que tener presente que su vínculo en efecto finalizó el 7 de marzo de 2008.

Con lo anterior se tiene que no le asiste la razón al *a quo* al denegar las pretensiones de la demanda con fundamento en que no se produjo la terminación de la relación laboral, pues lo cierto es que sí acaeció tal situación y, en esa medida, a la accionante le asiste el derecho al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, que se constituyen en definitivas como producto de la finalización de la relación laboral.

Además, está comprobado que en el Fondo Nacional del Ahorro solo fueron consignadas, por parte de la ESE SALUD CHOCÓ, las cesantías correspondientes a los meses que laboró en el año 2008, pero DASALUD EN LIQUIDACIÓN no hizo lo propio con las de los meses en los que trabajó durante el año 2007, que debió consignar a más tardar el 15 de febrero de 2008, omisión que permite predicar válidamente que en favor de la accionante se configura el derecho al pago de las cesantías definitivas con la correspondiente sanción moratoria.

En este punto sí le asiste la razón al tribunal cuando le ordenó a DASALUD EN LIQUIDACIÓN que adelantara las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a la consignación de las cesantías del año 2007 al igual que de los intereses a las cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro, a favor de la demandante, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión, que se aclara, son las que corresponden al periodo comprendido entre el 9 de marzo de 2007 y el 31 de diciembre de 2007, lapso en el cual laboró.

Se torna pertinente precisar que, si la demandante en la actualidad no se encuentra afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, DASALUD EN LIQUIDACIÓN debe efectuar la consignación de las sumas que le adeuda por concepto de la sanción moratoria en la cuenta bancaria individual, según ella se lo informe, previo requerimiento que al respecto dicha entidad le haga en tal sentido, salvo que ya se las haya consignado a su favor.

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

Lo anterior, teniendo en cuenta además que en este asunto no opera la prescripción, habida cuenta de que la relación laboral culminó definitivamente el 7 de marzo de 2008; el 29 de mayo de 2009 solicitó el pago de las cesantías y el 14 de agosto de 2009 pidió la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio.

En conclusión, se revocará la sentencia impugnada para, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda en el sentido de declarar la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo, generado por la ausencia de respuesta por parte del DASALUD EN LIQUIDACIÓN, ante la petición que la accionante elevó el 14 de agosto de 2009, en la que requirió el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías definitivas, que había solicitado desde el 29 de mayo de 2009.

Lo anterior, porque está comprobado que la relación laboral de la accionante cesó definitivamente el 7 de marzo de 2008, situación que crea en su favor el derecho al pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías definitivas correspondientes al periodo comprendido entre el 9 de marzo de 2007 y 31 de diciembre de 2007, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el 15 de febrero de 2008, fecha en la que se le debió consignar el auxilio y hasta el momento en el que el pago se realice en su favor a menos que el mismo ya se haya efectuado.

Y se confirmará en cuanto ordenó a DASALUD EN LIQUIDACIÓN que adelante las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a la consignación de las cesantías del año 2007 al igual que de los respectivos intereses a las cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro que, se aclara, corresponden al periodo laborado entre el 9 de marzo de 2007 y 31 de diciembre de 2007, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión, con el fin de que no se haga más gravosa su situación en lo que concierne al pago de la sanción moratoria.

Finalmente, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte demandada, quien resultó vencida en segunda instancia.

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

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: REVOCAR la sentencia de 28 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, en cuanto denegó las súplicas de la demanda dentro del proceso promovido por la señora Maira Alejandra Núñez Amaya en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el departamento del Chocó y el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (DASALUD EN LIQUIDACIÓN). En su lugar,

ACCEDER a las súplicas de la demanda en el sentido de declarar la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo, generado por la ausencia de respuesta por parte del DASALUD EN LIQUIDACIÓN, ante la petición que la señora Maira Alejandra Núñez Amaya elevó el 14 de agosto de 2009, en la que requirió el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías definitivas, que había solicitado desde el 29 de mayo de 2009; sanción moratoria que se le deberá pagar por el lapso comprendido entre el 9 de marzo de 2007 y 31 de diciembre de 2007, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el 15 de febrero de 2008, fecha en la que se le debió consignar el auxilio y hasta el momento en el que el pago se realice en su favor a menos que el mismo ya se haya efectuado, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de 28 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó dentro del proceso promovido por la señora Maira Alejandra Núñez Amaya en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el departamento del Chocó y el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (DASALUD EN LIQUIDACIÓN), en cuanto le ordenó a esta entidad que adelante las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a la consignación de las cesantías del año 2007 al igual que de los respectivos intereses a las cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro que, se aclara, corresponden al periodo laborado entre el 9 de marzo de 2007 y 31 de diciembre de 2007, dentro de los 30 días siguientes a la

Radicación: 27001 23 33 000 2012 00074 01 (4356- 2014)
Demandante: Maira Alejandra Núñez Amaya
Demandado: Departamento del Chocó y Dasalud en liquidación

ejecutoria de la decisión, con el fin de que no se haga más gravosa su situación en lo que concierne al pago de la sanción moratoria.

TERCERO: CONDENAR en costas en la instancia a la parte demandada.

CUARTO: RECONOCER personería a la abogada Jelly Yiverling Sánchez Moreno identificada con cédula de ciudadanía 1.077.435.601 y tarjeta profesional 225250 del Consejo Superior de la Judicatura para actúe en nombre y representación de DASALUD EN LIQUIDACIÓN en los términos en los que le fue conferido el poder general que obra a folios 360 y 361 cuaderno principal.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ