



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez**

Bogotá D.C., 15 de marzo de 2018

**Radicación:** 27001-23-33-000-2013-00143-01  
**Número interno:** 3391-2014  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante:** Adriana Rivas Peñaloza  
**Demandado:** Departamento del Chocó y el Departamento Administrativo de Salud Departamento del Chocó-Dasalud.

**Ley 1437 de 2011**

**Sentencia O-029-2018**

**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 30 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Chocó, que negó las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES**

La señora Adriana Rivas Peñaloza 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.- Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la petición del 18 de marzo de 2010, a través del cual solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria como consecuencia del incumplimiento en el pago de las cesantías definitivas.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

2.- Ordenar a la demandada a reconocer y pagar a la señora Rivas Peñaloza la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y reglamentada por la Ley 1071 de 2006, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas correspondientes a los años 2005 a 2007, desde el 8 de mayo de 2010 hasta que se cancele el monto debido por este concepto, como consecuencia de la terminación de la relación laboral el 31 de diciembre de 2007.

3. La cancelación de las condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y se ejecutarán tomando como base el IPC o al por mayor, conforme al numeral 4 del CPACA.

4. Dar cumplimiento de la sentencia acorde con los artículos 189 y 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

**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.<sup>1</sup>

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. 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<sup>2</sup>.

En el presente caso a folio 107 y cd que obra a folio 106, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] El Departamento del Chocó contestó la demanda extemporáneamente, tal y como lo anotó la Delegada del Ministerio Público, en consecuencia no se hará pronunciamiento alguno sobre la excepción propuesta.

---

<sup>1</sup> Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

<sup>2</sup> Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

DASALUD en liquidación, no contestó la demanda y teniendo en cuenta que el despacho no encuentra a (sic) esta etapa del proceso, hechos probados y constitutivos de excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva; (sic) que habiliten la facultad de su declaratoria de oficio, en los términos indicados por el artículo 180 numeral 6 del CPACA, en concordancia con el artículo 172 y 175-3 que tratan del traslado y la contestación de la demanda, se declara que no existen excepciones previas [...]».

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.<sup>3</sup>

En el *sub lite* a folios 109 a 110 y cd que obra a folio 105 del cuaderno 1, el *a quo* fijó el litigio respecto de los hechos relevantes y el problema jurídico de la siguiente forma:

### **Hechos relevantes según la fijación del litigio**

«[...] **PRIMERO:** La señora **ADRIANA RIVAS PEÑALOZA**, laboró al servicio del Departamento Administrativo del Chocó, en el cargo de Auxiliar de Enfermería, en el centro de salud de Pie de Pato, en el periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2007.

**SEGUNDO:** Que al momento de la desvinculación del cargo que venía desempeñando, no se le ha cancelado sus cesantías definitivas, pese haberse solicitado su pago, mediante derecho de petición de fecha 17 de noviembre de 2010. Como consecuencia de la mora en el pago de las

---

<sup>3</sup> Hernández Gómez William, actualmente consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

cesantías definitivas, mediante reclamación administrativa, de fecha 18 de marzo de 2010 y radicado el 18 de marzo de 2010, en el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó, la señora **ADRIANA RIVAS PEÑALOZA**, (sic) reconocimiento y pago de la sanción moratoria, de conformidad con lo establecido en la Ley 244 de 1995, Artículo (sic) 2 y reglamentada por la Ley 1071 de 2006 [...]» (Negrillas del texto).

### **Problema jurídico fijado en el litigio**

«[...] 1.- Se debe probar el hecho segundo 2.- se (sic) debe establecer en el presente caso si el acto ficto o presunto resultado de la petición realizada el 18 de marzo de 2010 es nulo por la violación a las normas superiores se (sic) citaron como violadas las siguientes (sic) artículo 53 de la Constitución Política, artículo 1 del Decreto 2712 de 1999, numeral 1, ordinal a, artículo 2, ordinales A y B del artículo 3, articulo (sic) 28 y 37, articulo (sic) 99 de la Ley 50 de 1990, Ley 1071 de 2006, articulo (sic)83, 189, 192, 193, 195 y 138 de la Ley 147 de 2012, artículos 302, 303, 307 de la Ley 1564 de 12 de julio de 2012. 3.- como (sic) consecuencia se debe condenar a la entidad demandada al pago de la sanción moratoria, por no consignación oportuna de las cesantías al Fondo Nacional del Ahorro el correspondiente al año (sic) 2005 al 2007 [...]».

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

### **SENTENCIA APELADA<sup>4</sup>**

El *a quo* profirió sentencia de forma escrita en la cual negó las pretensiones de la demanda, acorde a los siguientes argumentos:

En primer lugar, determinó que de conformidad con la Ordenanza 024 del 4 de septiembre de 1997 y el Decreto 912 de 1997, Dasalud fue creada como un organismo de la administración central departamental, sin personería jurídica, con autonomía presupuestal, administrativa y patrimonio propio, en

---

<sup>4</sup> Folios 256 a 272 del cuaderno 2.

consecuencia, el fallo se pronunciaría en contra del departamento del Chocó pero el restablecimiento del derecho estaría a cargo de Dasalud en virtud de la autonomía que poseía en esta materia.

Posteriormente, luego de declarar que en el *sub examine* no se presentaba el fenómeno de la caducidad de la acción en virtud del artículo 161 del CPACA, analizó las pruebas obrantes en el plenario para concluir 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 solicitada sanción moratoria establecida 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, Adriana Rivas Peñaloza continuó prestando sus servicios.

A pesar de negar las pretensiones del medio de control, el juez de primera instancia con el fin de garantizar los derechos laborales ciertos e irrenunciables ordenó al Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en liquidación adelantar las gestiones administrativas, presupuestales y financieras para consignar al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías de la demandante por los años 2005 a 2007. Así mismo, compulsó copias de la providencia a la Fiscalía General de la Nación, Procuraduría Departamental, Dasalud en liquidación y a la Contraloría del Departamento del Chocó, con el fin de que investigaran la conducta de los servidores públicos que omitieron su deber.

## **RECURSO DE APELACIÓN<sup>5</sup>**

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 señaló que de conformidad con la certificación laboral aportada al expediente, se advierte que para el momento en que solicitó el pago de la sanción moratoria el 18 de marzo de 2010, ya se encontraba desvinculada de Dasalud, dado que laboró hasta el día 1 de marzo de 2009, situación que la hace merecedora del pago de la sanción moratoria que se solicita.

Por otro lado, arguyó que la figura de sustitución patronal suscrita entre Dasalud y el departamento del Chocó no opera para las entidades públicas, circunstancia que permitió al *a quo* omitir el análisis de las pruebas en conjunto y declarar que Dasalud incumplió con su obligación de consignar las cesantías para los años 2005 a 2007, por lo que su pago no corresponde al Fondo Nacional del Ahorro sino a las entidades demandadas.

Insistió en que acorde con la Ley 244 de 1995, se encontraba probado el deber que tienen Dasalud y el departamento del Chocó de reconocer y pagar las cesantías de los años 2005 a 2007 y la respectiva sanción moratoria, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, hasta la fecha en que se cancelaran las cesantías definitivas, por lo que el acto ficto o presunto emanado de la petición de fecha 18 de marzo de 2010, debía ser declarado nulo por ser contrario a las normas de carácter legal y constitucional que rigen la materia.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Folios 284 a 293 *ibidem*.

## CONSIDERACIONES

### Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>7</sup>, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, se hace necesario precisar, que de conformidad con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso<sup>8</sup>, 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, los cuales se resumen en la siguiente pregunta:

### Problema jurídico

---

<sup>6</sup> Ver constancia secretarial obrante a folio 357 del cuaderno 2.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> «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.»

1. ¿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?

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.

#### **1.1.1.1. Sustitución patronal<sup>9</sup> - 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 estatuto 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 establece la responsabilidad de los empleadores de la siguiente forma:

«[...] Artículo 69. Responsabilidad de los empleadores.

---

<sup>9</sup> 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

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. [...]**<sup>10</sup> (negritas fuera de texto).

---

<sup>10</sup> 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.

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 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) [...]»<sup>11</sup>. (Subrayado fuera de texto).

---

<sup>11</sup> 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.

Igualmente, la Sección Segunda<sup>12</sup> 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<sup>13</sup> 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<sup>14</sup>.

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, la señora Rivas Peñaloza quedó incluida en la mencionada acta de sustitución patronal como se observa a folios 222 y 229 del cuaderno 2:

«[...] **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

---

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> Ahora empleador.

<sup>14</sup> Ver folios 222 a 244 del cuaderno 2.

laborales, respecto de los siguientes empleados públicos y trabajadores oficiales:

[...]

CENTRO DE SALUD PIE DE PATO
-----------------------------

N.º	CÉDULA	APELLIDOS Y NOMBRES	CARGO	ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL
10	26308995	ADRIANA RIVAS PEÑALOZA	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	947.182

[...]».

Este acuerdo, según los antecedentes del mismo, se suscribió con ocasión de 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<sup>15</sup>, el cumplimiento de la obligación impuesta en la ordenanza número 057 de 2005, que consistía en transferir el recurso humano que laboraba en los hospitales, centros y puestos de salud adscritos a la entidad, con destino 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 presente asunto se cumplen los requisitos para la configuración de la sustitución patronal en tanto que:

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

---

<sup>15</sup> Conforme a las consideraciones del acta de sustitución patronal visible a folio 222 del cuaderno.

- ii) 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
- iii) La señora Adriana Rivas Peñaloza 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.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del Acta de Sustitución Patronal suscrita entre Dasalud en liquidación y la ESE Salud Chocó<sup>16</sup>, 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 siguiente estipula que si no se celebra dicho acuerdo, 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 causen, aun cuando el antiguo empleador no cumpla con la obligación que se le impone en ese 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

---

<sup>16</sup> Folios 242 y 243 del cuaderno 2.

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 *sub lite* al realizar la valoración probatoria se encuentra que, se configuró una sustitución patronal y no el nacimiento de relaciones laborales diferentes, en tanto no se expedieron nuevos actos de nombramiento, así como las respectivas actas de posesión.

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, para esta Corporación resulta claro que al 15 de enero de 2008 no se había hecho exigible ese derecho en favor de la señora Adriana Rivas Peñaloza.

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, el derecho a las cesantías definitivas de la señora Rivas Peñaloza 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 accionante en el sentido de que se debe reconocer la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías para los años **2005 a 2007**, se hace necesario señalar que si el vínculo laboral terminó definitivamente el **1.º de marzo de 2009**<sup>17</sup> y tal situación era la que le otorgaba a la señora Adriana el derecho al pago de sus

---

<sup>17</sup> Conforme se observa en la certificación obrante a folio 127 del cuaderno 1.

cesantías definitivas, es innegable que aún no le asistía tal derecho; como quiera que tal y como se estudió precedencia, para dichos años no había culminado su relación laboral, 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 se observa en el extracto individual de cesantías aportado por el Fondo Nacional del Ahorro<sup>18</sup>, las cesantías de los años 2008 y 2009 sí fueron consignadas en dicho Fondo, circunstancia que permite reafirmar lo argüido por la demandante en el libelo introductor y como quedó señalado en la fijación del litigio, los años por los cuales se reclama la sanción moratoria son entre el 2005 a 2007, se reitera, 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*, de cancelar los periodos correspondientes a los años 2005 y 2007, ello se avala en aras de la protección del derecho laboral al pago de las cesantías no acreditadas en su momento en el fondo respectivo, y que tampoco fueron pagadas con posterioridad.

Todo, en virtud de la solidaridad legalmente establecida 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 existe petición al respecto como quiera que no se demostró la terminación del vínculo laboral.

### **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

---

<sup>18</sup> Visible a folios 129 y 131 a 138 *ibidem*.

virtud de la sustitución patronal suscrita entre Dasalud en liquidación y la ESE Salud Chocó.

Finalmente, en lo que concierne a la inconformidad de la demandante referente a que no se debe condenar al Fondo Nacional del Ahorro a cubrir los intereses sobre las cesantías debidas, porque su función es solo administradora y pagadora y fue el empleador quien incumplió su obligación; es menester aclarar, que tal determinación no fue adoptada en la sentencia cuestionada, porque la orden dada por el *a quo* fue que Dasalud realice todas las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a la consignación al citado Fondo del componente de las cesantías correspondiente a los años 2005 a 2007 a favor de la señora Adriana Rivas Peñaloza.

### **Decisión de segunda instancia**

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

### **De la condena en costas**

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección<sup>19</sup> en el presente caso no se condenará en costas a la parte demandante porque si bien resulta vencida en segunda instancia de acuerdo con el numeral 3.º del artículo 365 del CGP, las entidades demandadas no intervinieron en esta instancia.

---

<sup>19</sup> Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección “A” de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

**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 de 30 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, que negó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora Adriana Rivas Peñaloza contra el Departamento del Chocó y al 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 y háganse 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**