

**DESPIDO COLECTIVO POR CIERRE DE AREA DE SERVICIOS EN ENTIDAD –
No se limita por la existencia de convención o pacto colectivo**

La estabilidad en el empleo consagrada en la ley, las convenciones o los pactos colectivos, no es un derecho absoluto, por cuanto no subsiste ante despidos colectivos autorizados. Si bien es cierto que la autorización administrativa para despidos colectivos no se encuentra citada entre los modos de terminación legal del contrato de trabajo (artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo) ni dentro de las justas causas para el despido (artículo 7° del decreto 2351 de 1965), también lo es que el efecto que la ley le otorga a aquella medida es que el empleador pueda dar por finalizado el contrato. Lo anterior, para evitar que las empresas queden expuestas a cesación de pagos, quiebra y terminación de todos los contratos de trabajo, es decir, a su extinción definitiva.

FUENTE FORMAL: CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTICULO 61 /
DECRETO 2351 DE 1965 – ARTICULO 1

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002492 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE)
MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL (NO NULO) / RESOLUCION 000167
DE 2004 (14) DE ENERO) MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL (NO NULO)
/ RESOLUCION 00370 DE 2004 (13 DE FEBRERO) MINISTERIO DE
PROTECCION SOCIAL (NO NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04605-01(6171-05)

Actor: GLORIA CRISTINA MORENO GOMEZ

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

ACCION DE NULIDAD

Gloria Cristina Moreno Gómez, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. (fls. 98, 99 cdno ppal), solicita que se declare la nulidad de las resoluciones 002492 de 30 de septiembre de 2003, 000167 de 14 de enero de 2004 y 00370 de 13 de febrero del mismo año, proferidas por el

Director Territorial de Cundinamarca y la Jefe de Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, por medio de las cuales se autorizó a la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Comfenalco Cundinamarca*” para que proceda al cierre definitivo de su área de servicio denominada “*IPS – Comfenalco*”, con el consecuente retiro de trabajadores, previa constitución y acreditación de cauciones o garantías necesarias para cubrir el pago total de acreencias laborales y pensionales, y demás derechos ciertos legales y convencionales (fl. 65 cdno ppal).

La demandante, como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, relata que ocupó el cargo de Auxiliar de Enfermería en la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Comfenalco Cundinamarca*” desde el 16 de junio de 1973 hasta el 17 de marzo de 2004.

Señala que la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Comfenalco Cundinamarca*” solicitó al Ministerio de la Protección Social el cierre definitivo de la IPS de la cual hacía parte, por motivos de fuerza mayor que, ante las nuevas regulaciones, le impedían mantenerse en el sector de la salud.

Indica que para la época en que se produjo su retiro del servicio, por causa de la autorización arbitraria que dio el Ministerio de la Protección Social a través de las resoluciones enjuiciadas, ya tenía los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación.

Afirma que, pese a la supuesta imposibilidad de mantenerse en el sector de la salud, “*Comfenalco Cundinamarca*” no ha dejado de operar en ese mercado.

Considera que el Ministerio de la Protección Social autorizó el cierre de la *“IPS – Comfenalco”*, con el consecuente retiro de trabajadores, *“haciendo caso omiso al FUERO SINDICAL QUE AMPARA a los directivos del SINDICATO DE EMPLEADOS DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO, COMFENALCO CUNDINAMARCA, SINDECOM, al igual que dejando a un lado el FUERO CIRCUNSTANCIAL que cobija a los trabajadores afiliados a la misma organización sindical”* (fl. 68 cdno ppal).

Advierte que desde antes de que se autorizara el cierre de la *“IPS – Comfenalco”*, ella ya estaba afiliada al Sindicato de Empleados de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – *“Sindecocom”*.

Señala que la decisión controvertida fue extemporánea por cuanto no fue emitida dentro del término legal (artículo 67 de la ley 50 de 1990 – 2 meses), situación que origina que no esté llamada a producir efectos jurídicos.

CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDA

El Ministerio de la Protección Social se opone a las pretensiones de la demanda (fls. 122 a 129 cdno ppal).

Insiste en que respetó, en todo momento, el debido proceso, pues agotó el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo para el desarrollo de la investigación, garantizó la defensa y profirió una decisión ajustada a las circunstancias y a derecho.

Aclara que su decisión de cierre definitivo de la “IPS – Comfenalco”, con el consecuente retiro de trabajadores, en ningún momento se refirió, porque no era su deber hacerlo, a la protección del fuero sindical.

Explica que el Régimen Laboral Colombiano consagra “el CIERRE DE EMPRESA y EL DESPIDO COLECTIVO como un mecanismo que le permite al empresario prescindir de un grupo de trabajadores, de manera unilateral, terminar los contratos de trabajo bajo la autorización del Ministerio de la Protección Social, acorde con lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto Ley 2351 de 1995, subrogado por la Ley 50 de 1990, artículo 67” (fl. 126 cdno ppal).

Precisa que el cierre definitivo, con el consecuente retiro de trabajadores, no constituye la inmediata terminación del vínculo laboral, “toda vez que es fuero exclusivo de la parte interesada determinar el momento y la forma en que efectúa el despido, para lo cual debe acatar el marco legal que rige las relaciones laborales a ese respecto” (fls. 126, 127 cdno ppal).

Agrega que la decisión controvertida en nada altera o modifica el fuero sindical que ostentan algunos trabajadores. Sostiene que ante la presencia de empleados con fuero sindical, es a la entidad respectiva a la que le corresponde primero accionar a la instancia judicial para levantar esa garantía, para luego proceder con el despido autorizado.

ALEGACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado conceptúa que no se debe decretar la nulidad de los actos acusados (fl. 152 cdno ppal).

Resalta que el Ministerio de la Protección Social *“no mira las condiciones del trabajador, es decir, si es aforado o no, simplemente verifica, si se dan las condiciones previstas en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, para autorizar el despido colectivo. Con posterioridad a esta autorización, es al empleador al que le corresponde solicitar ante el juez laboral, el levantamiento del fuero para proceder al despido (en el caso de la junta directiva de la asociación sindical), o alegar la justa causa para el retiro, en el evento del fuero circunstancial”* (fl. 150 vto cdno ppal).

Considera que la entidad demandada no perdió competencia por haber proferido la decisión controvertida por fuera del término de los dos meses que señala la actora (artículo 67 de la ley 50 de 1990).

Agotado el trámite de rigor y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer la legalidad las resoluciones 002492 de 30 de septiembre de 2003, 000167 de 14 de enero de 2004 y 00370 de 13 de febrero del mismo año, proferidas por el Ministerio de la Protección Social, por medio de las cuales se autorizó a la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – *“Comfenalco Cundinamarca”* para proceder al cierre definitivo de su

área de servicio denominada “IPS – Comfenalco”, con el consecuente retiro de trabajadores.

En el sub-lite se encuentra acreditado que:

- En sesión de 22 de mayo de 2002, el Consejo Directivo de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “Comfenalco” aprobó el cierre de la “IPS – Comfenalco”, por las pérdidas recurrentes y sostenidas que generaba (fls. 162 a 175 cdno No. 2).

- El Superintendente del Subsidio Familiar, con fundamento en los artículos 54 y 64 de la ley 21 de 1982, 65 de la ley 633 de 2000, 20 (numerales 1, 9 y 19) de la ley 789 de 2002 y 21 del decreto 827 de 2003, autorizó a la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “Comfenalco” para que adelantara el trámite de cierre de la “IPS – Comfenalco” (fls. 204 a 206, 211 a 213, 237 a 239 cdno No. 2 – **8 de julio de 2003**). Lo anterior, porque las *“justificaciones de orden jurídico, los resultados operativos, la decreciente cobertura poblacional, la baja capacidad instalada y subutilizada, la amenazante situación laboral y pensional con efecto negativo para la Caja por las conquistas sindicales, los resultados negativos de su situación financiera y la alta composición morosa de cartera, hacen que la decisión de cerrar la IPS Comfenalco sea urgente y perentoria, teniendo en cuenta que sus resultados pueden incidir negativamente en los resultados generales de la Caja”* (fl. 204 cdno No. 2).

- La Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “Comfenalco” solicitó al Ministerio de la Protección Social el cierre de la “IPS – Comfenalco”, junto con la terminación de los contratos de trabajo del personal que presta sus

servicios en esa área (fls. 1 a 53, 179 a 182, 187 a 190, 195 a 198 cdno No. 2 – **9 de junio de 2003**).

- El mismo día de radicación de esa petición (**9 de julio de 2003**), la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Comfenalco*” informó a los empleados de la “*IPS – Comfenalco*” sobre el trámite iniciado ante el Ministerio de la Protección Social (fls. 4 cdno ppal, 218 cdno No. 2).

- Por las autorizaciones recibidas (Consejo Directivo y Superintendencia del Subsidio Familiar) y previa información remitida a la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 253 a 255 cdno No. 3) y a la Secretaría Distrital de Salud (fls. 250 a 252 cdno No. 3), la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Comfenalco*” inició un proceso de cierre de operaciones en las sedes de la “*IPS – Comfenalco*” (**Cissalud, Quiroga, Ciudad Bolívar y Tunjuelito**), así:

. De mutuo acuerdo, terminó y liquidó el contrato que tenía con Salud Colmena EPS, lo que generó el cierre de operaciones de una de las sedes de la “*IPS – Comfenalco*”, el 31 de julio de 2003 (fls. 247 a 249 cdno No. 3 - **Cissalud**).

. Suscribió un contrato de prestación de servicios, bajo la modalidad de capitación, con la IPS Odontomedicis Ltda, mediante el cual se entregó, a partir del 1º de septiembre de 2003, la operación de las sedes del sur de la “*IPS – Comfenalco*” (fls. 256 a 265, 310 a 318 cdno No. 3).

- Este proceso de cierre de operaciones generó que el número de usuarios de la “IPS – Comfenalco” (fl. 58 cdno No. 2 - **51.679**), para el 1º de septiembre de 2003 fuera 0 (fls. 244, 347 cdno No. 3).

- El Ministerio de la Protección Social para autorizar el cierre definitivo de la “IPS – Comfenalco”, con el consecuente retiro de sus trabajadores, desplegó las siguientes actuaciones:

. Requirió a la Superintendencia del Subsidio Familiar para que allegara el estudio técnico económico que realizó para soportar la autorización de adelantamiento del cierre de la “IPS – Comfenalco” (fl. 209 cdno No. 2 – **11 de junio de 2003**). Este documento fue allegado, oportunamente, a las diligencias (fls. 226 a 234 cdno No. 2).

. Realizó una visita especial a las instalaciones de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “Comfenalco” en la que constató el número total de trabajadores (503), modalidad de los contratos de trabajo (término fijo 323 y termino indefinido 180), la existencia de un memorando a través del cual se informa a los funcionarios de la “IPS – Comfenalco” sobre la solicitud de cierre de esa área (9 de julio de 2003), el número de pensionados conforme a lo normado en el artículo 27 de la convención colectiva vigente (52) y el pago de aportes para seguridad social integral y compensación (fl. 217 cdno No. 2 – **16 de julio de 2003**). Este hecho evidencia el cumplimiento de lo normado en el numeral 3º del artículo 37 del decreto 1469 de 1978¹.

¹ “3. El funcionario comisionado deberá establecer primordialmente las modalidades de los contratos de trabajo, su duración el tiempo de servicios de cada uno de los trabajadores de la empresa o patrono y las demás circunstancias que sean de interés para la investigación”.

. Elaboró un estudio técnico – económico (fls. 328 a 357 cdno No. 3 – septiembre de 2003), en el que concluyó que la “IPS – Comfenalco” se encuentra en liquidación, “por no ser autocosteable ya que los costos en desarrollo de su objeto social superan más del 100% de los ingresos, llevándola a obtener pérdidas operacionales sistemáticas que la hacen inviable, como lo estipula en la LEY 633 DEL AÑO 2000 Y LOS LINEAMIENTOS Y DISPOSICIONES EMITIDOS POR LA SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR, así como la Ley 789 de 2002” (fl. 356 cdno No. 3). En este documento conceptuó, además, que “sería viable autorizar el despido de los trabajadores por la liquidación y cierre de la IPS COMFENALCO, siempre y cuando el empleador garantice el pago de las acreencias y demás derechos prestacionales y pensionales” (fl. 357 cdno No. 3). Esta actuación denota el cumplimiento de lo normado en el numeral 4º del artículo 37 del decreto 1469 de 1978².

. Al analizar este estudio técnico – económico, el Director Territorial de Cundinamarca del Ministerio de la Protección Social autorizó, **por medio de la resolución acusada 002492 de 30 de septiembre de 2003**, el cierre definitivo de la “IPS – Comfenalco”, con el consecuente despido de sus trabajadores, previa constitución y acreditación de cauciones o garantías necesarias para cubrir el pago total de acreencias laborales y pensionales, y demás derechos ciertos legales y convencionales (fls. 502 a 505 cdno No. 3). Esta condición previa fijada, que busca proteger de algún modo a los trabajadores y pensionados afectados, demuestra el cumplimiento de lo normado en el numeral 5º del artículo 37 del decreto 1469 de 1978³.

² “4. Si las causas invocadas fueren de orden económico o técnico el jefe de la División Departamental de trabajo y Seguridad Social deberá remitir las diligencias a la Oficina de Planeación y Economía laboral para su concepto”.

³ “5. Los jefes de las divisiones departamentales de trabajo y seguridad social que deban autorizar el despido colectivo de trabajadores o el cierre de una empresa, deberán exigir previamente al empleado respectivo las cauciones o garantías indispensables que acrediten el pago de las pensiones de jubilación, prestaciones sociales y demás derechos ciertos de los trabajadores”.

. El Sindicato de Empleados de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Sindecom*” interpuso recurso de reposición y, en subsidio apelación, contra esa decisión (fls. 518 a 570 cdno No. 4).

. **Este recurso fue desatado por las resoluciones enjuiciadas 000167 de 14 de enero de 2004** (fls. 678 a 683 cdno No. 4) **y 00370 de 13 de febrero del mismo año** (fls. 695 a 703 cdno No. 4), confirmando el cierre definitivo de la “*IPS – Comfenalco*”, porque el desequilibrio financiero que motivó esa determinación se encuentra debidamente acreditado.

. La Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Comfenalco Cundinamarca*”, mediante escritos de 3 de febrero y 11 de marzo de 2004, aportó al Ministerio de la Protección Social la documentación que soporta la constitución de cauciones o garantías ordenadas para cubrir el pago total de acreencias laborales y pensionales, y demás derechos ciertos legales y convencionales (fls. 708 a 710 cdno No. 4, 760 a 762, 813 a 814, 876 a 877, 937 a 938 cdno No. 5).

. Por auto de 16 de marzo de 2004, el Director Territorial de Cundinamarca del Ministerio de la Protección Social autorizó el despido de los trabajadores de la “*IPS – Comfenalco*” (fls. 874 a 875 cdno No. 5), porque *“analizados los contratos de Fiducia, los certificados del saldo de cada uno y los extractos, este despacho considera que se garantiza el pago de las acreencias laborales, pensiones y demás derechos ciertos..; en consecuencia se cumple con la condición establecida en el artículo primero de la Resolución No. 002492 de fecha 30 de Septiembre de 2003”* (fl. 875 cdno No. 5).

La actora considera, en síntesis, que la actuación desplegada por el Ministerio de la Protección Social, además de que vulneró los derechos de defensa y debido proceso, no respetó la existencia de empleados con fuero sindical ni el término legal establecido para definir las solicitudes de cierre total o parcial de empresas y despido colectivo (2 meses).

El artículo 40 del decreto - ley 2351 de 1965, subrogado por el 67 de la ley 50 de 1990, señala:

“Protección en caso de Despidos Colectivos:

1. Cuando algún empleador considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores, o terminar labores, parcial o totalmente, por causas distintas a las previstas en los artículos 5o, ordinal 1o, literal d) de esta Ley (por terminación de la obra o labor contratada) y 7o del Decreto-Ley 2351 de 1965 (terminación del contrato por justa causa), deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso. Igualmente deberá comunicar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores de tal solicitud.

.....

3. La autorización de que trata el numeral 1 de este artículo podrá concederse en los casos en que el empleador se vea afectado por hechos tales como la necesidad de adecuarse a la modernización de procesos, equipos y sistemas de trabajo que tengan por objeto incrementar la productividad o calidad de sus productos; la supresión de procesos, equipos o sistemas de trabajo y unidades de producción; o cuando éstos sean obsoletos o ineficientes, o que hayan arrojado pérdidas sistemáticas, o los coloquen en desventaja desde el punto de vista competitivo con empresas o productos similares que se comercialicen en el país o con los que deba competir en el exterior; o cuando se encuentre en una situación financiera que lo coloque en peligro de entrar en estado de cesación de pagos, o que de hecho así haya ocurrido; o por razones de carácter técnico o económico como la falta de materias primas u otras causas que se puedan asimilar en cuanto a sus efectos; y en general los que tengan como causa la consecución de objetivos similares a los mencionados.

La solicitud respectiva deberá ir acompañada de los medios de prueba de carácter financiero, contable, técnico, comercial, administrativo, según el caso, que acrediten debidamente la misma.

.....

5. No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores o la suspensión temporal de los contratos de trabajo, sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, caso en el cual se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.
.....

7. En las actuaciones administrativas originadas por las solicitudes de que trata este artículo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá pronunciarse en un término de dos (2) meses. El incumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente (resaltado y subrayas fuera del texto – precisión entre paréntesis fuera del texto).

En el sub-lite está acreditado que la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “Comfenalco”, motivó y soportó ampliamente la justificante de desequilibrio financiero o pérdida recurrente y sostenida que dio al Ministerio de la Protección Social para solicitar el cierre de la “IPS – Comfenalco” (fls. 1 a 111 cdno No. 2 - **mercado con pocas alternativas actuales y futuras, cobertura poblacional cada vez menor, subutilización de la capacidad instalada, pesada carga laboral, prestacional y pensional generada por la Convención Colectiva de Trabajo**). Y que esta justificante fue previamente analizada por el Consejo Directivo de Comfenalco (fls. 162 a 175 cdno No. 2) y la Superintendencia del Subsidio Familiar (fls. 204 a 206, 211 a 213, 237 a 239 cdno No. 2), estamentos que al encontrar las graves repercusiones que podía traer el desequilibrio financiero para la Caja de Compensación en general, autorizaron la iniciación del proceso de cierre de la “IPS – Comfenalco”.

También está probado que, tal como también lo exige el artículo 67 de la ley 50 de 1990, la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “Comfenalco” informó, a través del memorando de 9 de junio de 2003, a los servidores de la “IPS – Comfenalco” sobre la iniciación del trámite de cierre de esa área (fls. 4 cdno ppal, 218 cdno No. 2). Notificación que fue corroborada por el

Ministerio de la Protección Social en la visita especial que realizó a las dependencias de Comfenalco (fl. 217 cdno No. 2).

Esta notificación dio lugar a que los intereses de los trabajadores de la “IPS – Comfenalco” estuvieran representados, desde un comienzo, por la agremiación sindical a la cual estaban afiliados (fl. 203 cdno No. 2 - Sindecom).

El Sindicato de Empleados de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “Sindecom” participó en toda la actuación administrativa que culminó con la autorización de cierre definitivo de la “IPS – Comfenalco” y despido de sus trabajadores, pues solicitó permanentemente copias de las decisiones adoptadas (fls. 240 a 241, 319, 409 a 410, 512 a 513, 515 a 516 cdno No. 3, 690 a 694, 755 a 756 cdno No. 4), hizo parte de las reuniones realizadas (fls. 242 a 245 cdno No. 3), pidió investigaciones al Presidente de la República y al Ministro de la Protección Social (fls. 306 a 307, 411 a 412, 423 a 424 cdno No. 3), argumentó su oposición al cierre (fls. 363 a 403, 425 a 435 cdno No. 3), requirió pruebas (413 a 422 cdno No. 3), interpuso recurso de reposición y, en subsidio, apelación contra la resolución enjuiciada 002492 de 30 de septiembre de 2003 (fls. 518 a 560 cdno No. 4) y pretendió la revocatoria de la orden de suspensión de los contratos de trabajo (fls. 23 a 24 cdno ppal), la cual al ser resuelta condensó, en gran parte, la gestión de defensa expuesta:

“En cuanto que no se le ha brindado la oportunidad de pedir pruebas o controvertir la decisión de suspensión, me permito comunicarle que usted como Representante Legal en su calidad de presidente del sindicato SINDECOM, ejerció de manera fehaciente y en el momento procesal, el derecho a controvertir y probar, al hacer uso del recurso de reposición y en subsidio apelación de la vía gubernativa, mediante escrito radicado bajo No. 30912 del 10 de noviembre de 2003, contra la Resolución No. 002492 del 30 de septiembre de 2003, proferidas por esta Dirección Territorial donde se autoriza el Cierre de la Empresa y el despido de los trabajadores, siendo notificada en legal forma a los jurídicamente interesados entre ellos

usted como presidente del sindicato el día 31 de octubre de 2003, a las 2:10 p.m.

2. En cuanto se revoque la autorización de suspensión de los contratos de trabajo, esta Dirección Territorial y la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control de Trabajo mediante resoluciones 000167 del 14 de enero de 2004 y 00370 del 13 de febrero de 2004, respectivamente, (Notificado personalmente) se pronunciaron en cuanto a la revocatoria solicitada por usted en su escrito de recursos” (fls. 28 cdno ppal, 1000 cdno No. 5).

Para la Sala, el hecho de que el Ministerio de la Protección Social hubiera garantizado y atendido en toda su actuación administrativa, la participación activa del Sindicato de Empleados de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “Sindecom”, descarta una posible vulneración del derecho de defensa.

Ahora bien, es preciso manifestar que el estudio técnico – económico (fls. 328 a 357 cdno No. 3), documento en el que se fundó la autorización de cierre definitivo de la “IPS – Comfenalco” y despido de sus trabajadores, detectó, al igual que lo hizo en su momento la Superintendencia del Subsidio Familiar (fls. 204 a 206, 211 a 213, 237 a 239 cdno No. 2), una pérdida operacional sistemática que hacía inviable esa área de servicio:

“Se observa que la estructura de gastos de la IPS en los periodos analizados (2001, 2002 y 2003) superan más del 100% de los ingresos provenientes de los contratos por prestación de servicios de salud con: Colmena, por servicios prestados al programa de régimen subsidiado de salud de la caja y por venta a particulares. Esto llevó a la IPS a obtener pérdidas operacionales sistemáticas en desarrollo de su objeto social lo que la hacía inviable de acuerdo a lo establecido por la SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR donde determina que las ‘IPS de las Cajas no solamente están obligadas a ser autocosteables o lo que es lo mismo a no dar pérdidas que puedan significar detrimento patrimonial o desviación de los recursos de los aportes parafiscales sino que asumir además de la totalidad de sus costos y gastos, una parte proporcional de los gastos de administración central, no estándole permitido a la administración de la Caja asumir con cargo a su estado de resultado gastos propios o inherentes a la IPS’.

.....

La IPS, actualmente no está desarrollando su objeto social por encontrarse en proceso de liquidación, decisión tomada por el Consejo Directivo al no cumplir con el requisito establecido por la SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR, de ser autocosteable.

Dentro del proceso de liquidación se cancelaron 101 contratos de prestación de servicio (médicos y odontológicos) dentro de los meses de julio y agosto, así mismo se canceló el contrato de prestación de servicio con SALUD COLMENA y los de régimen subsidiado pasaron a ODONTOMEDICIS LTDA, según contrato No. 544 de fecha 1 de septiembre de 2003” (fls. 345 y 346 cdno No. 3 - resaltado y subrayas fuera del texto - precisión entre paréntesis fuera del texto).

Esta pérdida operacional sistemática detectada, en síntesis, porque los costos de desarrollo del objeto social de la “IPS – Comfenalco” superaban en más del 100% los ingresos que esta podía generar, al no ser desvirtuada en sede administrativa, condujo a la medida de cierre y despido controvertida, la cual, para proteger de algún modo a los trabajadores y pensionados afectados, exigió la constitución previa de cauciones o garantías necesarias para cubrir el pago total de acreencias laborales y demás derechos ciertos legales y convencionales (fls. 502 a 505 cdno No. 3).

El Ministerio de la Protección Social, después de analizar pormenorizadamente los contratos de fiducia, extractos y certificados de deuda allegados por la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “Comfenalco Cundinamarca” (fls. 708 a 710 cdno No. 4, 760 a 762, 813 a 814, 876 a 877, 937 a 938 cdno No. 5), para soportar el cumplimiento de la condición exigida, autorizó el despido de los trabajadores de la “IPS – Comfenalco” (fls. 874 a 875 cdno No. 5), actuación que denota que los trabajadores y pensionados afectados no quedaron desprotegidos.

En este punto es importante señalar, que la estabilidad en el empleo consagrada en la ley, las convenciones o los pactos colectivos, no es un derecho absoluto, por cuanto no subsiste ante despidos colectivos autorizados. Si bien es cierto que la autorización administrativa para despidos colectivos no se encuentra citada entre los modos de terminación legal del contrato de trabajo (artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo) ni dentro de las justas causas para el despido (artículo 7° del decreto 2351 de 1965), también lo es que el efecto que la ley le otorga a aquella medida es que el empleador pueda dar por finalizado el contrato.

Lo anterior, para evitar que las empresas queden expuestas a cesación de pagos, quiebra y terminación de todos los contratos de trabajo, es decir, a su extinción definitiva.

Ahora bien, no hay que olvidar que la ejecución del despido colectivo autorizado le corresponde únicamente al empleador, quien es el llamado, en un momento dado, a dar prioridad a la permanencia de los trabajadores con fuero sindical o a formular la acción tendiente al levantamiento de esta garantía.

La garantía del fuero sindical tampoco comporta que los trabajadores aforados no puedan ser despedidos, desmejorados o trasladados con justa causa, sino que esta deberá ser valorada por el juez del trabajo, para resolver, en consecuencia, si esta protección se mantiene o no.

Esta protección, en el trámite administrativo de autorización de despido colectivo, no se considera vulnerada si en ese proceso no se persigue, como en el sub-lite, impedir la constitución o el ejercicio del derecho a la asociación sindical.

Finalmente, en cuanto a la afirmación de que la entidad demandada excedió el término establecido en la ley para definir la solicitud de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “Comfenalco” (2 meses), es pertinente puntualizar que ello puede dar lugar a una investigación disciplinaria contra quienes hayan incurrido en negligencia que ocasione demoras injustificadas en la toma de decisión, pero no configura vicio que conlleve la nulidad de la determinación que se adopte.

Al descartarse con el análisis efectuado que se hubiera utilizado la solicitud de cierre y despido colectivo con una finalidad distinta a la prevista en la ley y que se hubieran desconocido exigencias, actuaciones y términos consagrados en los artículos 37 del decreto 1469 de 1978 y 67 de la ley 50 de 1990, no se vislumbra la vulneración alegada del debido proceso.

Por no haberse desvirtuado, con los motivos de inconformidad planteados, la presunción de legalidad que ampara las resoluciones acusadas, se habrán de denegar las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la
fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Expediente No. 6171-2005 Actor: Gloria Cristina Moreno Gómez

ANEXO
CIERRE “IPS COMFENALCO” – DESPIDO COLECTIVO DE TRABAJADORES

EXPEDIENTE No.: 6171-2005
ACTOR: GLORIA CRISTINA MORENO GÓMEZ
DEMANDADO: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

ACTOS DEMANDADOS: Resoluciones 002492 de 30 de septiembre de 2003, 000167 de 14 de enero de 2004 y 00370 de 13 de febrero del mismo año.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD: La demandante considera, en síntesis, que la actuación desplegada por el Ministerio de la Protección Social, además de que vulneró los derechos de defensa y debido proceso, no respetó la existencia de empleados con fuero sindical ni el término legal establecido para definir las solicitudes de cierre total o parcial de empresas y despido colectivo (2 meses).

PROYECTO DE DECISIÓN: Se **DENIEGAN** las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

En el sub-lite está acreditado que la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Comfenalco*”, motivó y soportó ampliamente la justificante de desequilibrio financiero o pérdida recurrente y sostenida que dio al Ministerio de la Protección Social para solicitar el cierre de la “*IPS – Comfenalco*”.

También está probado que, tal como también lo exige el artículo 67 de la ley 50 de 1990, la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Comfenalco*” informó, a través del memorando de 9 de junio de 2003, a los servidores de la “*IPS – Comfenalco*” sobre la iniciación del trámite de cierre de esa área.

Esta notificación dio lugar a que los intereses de los trabajadores de la “*IPS – Comfenalco*” estuvieran representados, desde un comienzo, por la agremiación sindical a la cual estaban afiliados (Sindecóm).

La circunstancia de que el Ministerio de la Protección Social hubiera garantizado y atendido en toda su actuación administrativa, la participación activa del Sindicato de Empleados de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Sindecóm*”, descarta una posible vulneración del derecho de defensa.

La pérdida operacional sistemática detectada, en síntesis, porque los costos de desarrollo del objeto social de la “*IPS – Comfenalco*” superaban en más del 100% los ingresos que ésta podía generar, al no ser desvirtuada en sede administrativa, condujo a la medida de cierre y despido controvertida, la cual para, proteger de algún modo a los trabajadores y pensionados afectados, exigió la constitución previa de cauciones o garantías necesarias para cubrir el pago total de acreencias laborales y demás derechos ciertos legales y convencionales (fls. 502 a 505 cdno No. 3).

El Ministerio de la Protección Social después de analizar, pormenorizadamente, los contratos de fiducia, extractos y certificados de deuda allegados por la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Comfenalco Cundinamarca*”, para soportar el cumplimiento de la condición exigida, autorizó el despido de los trabajadores de la “*IPS – Comfenalco*”. Actuación que denota que los trabajadores y pensionados afectados, no quedaron desprotegidos.

En este punto, es importante señalar que la estabilidad en el empleo consagrada en la ley, las convenciones o los pactos colectivos, no es un derecho absoluto, por cuanto no subsiste ante despidos colectivos autorizados.

Ahora bien, no hay que olvidar que la ejecución del despido colectivo autorizado le corresponde únicamente al empleador, quien es el llamado, en un momento dado, a dar prioridad a la permanencia de los trabajadores con fuero sindical o a formular la acción tendiente al levantamiento de esta garantía.

La garantía del fuero sindical tampoco comporta que los trabajadores aforados no puedan ser despedidos, desmejorados o trasladados con justa causa, sino que ésta deberá ser valorada por el juez del trabajo, para resolver, en consecuencia, si esta protección se mantiene o no.

Finalmente, en cuanto a la afirmación de que la entidad demandada excedió el término establecido en la ley para definir la solicitud de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco – “*Comfenalco*” (2 meses), es pertinente puntualizar que ello puede dar lugar a una investigación disciplinaria contra quienes hayan incurrido en negligencia que ocasione demoras injustificadas en la toma de decisión, pero no configura vicio que conlleve la nulidad de la determinación que se adopte.

Cordialmente,

NYDIA CERINZA