



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D. C., 23 de agosto de 2018

Expediente: 44001-23-33-000-2014-00039-01
Número interno: 0222-2017
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Enilda Rosa Prieto Jusayu, Luis Ramiro Uribe Espinosa y Roberto Segundo Fernández Prieto Jayariyu
Demandado: Departamento de la Guajira y ESE Hospital de Nazaret ESE
Asunto: Régimen de cesantías empleados sector salud del orden territorial en el departamento de la Guajira

I. ASUNTO

La Sala decide¹ el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, el 13 de octubre de 2016, que negó las pretensiones del medio de control de nulidad

¹ El proceso ingresó al Despacho el 7 de julio de 2017.

y restablecimiento del derecho, por encontrar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

ANTECEDENTES

II.1 De la demanda.

Los señores Enilda Rosa Prieto Jusayu, Luis Ramiro Uribe Espinosa, Roberto Segundo Fernández Prieto y Alejandro Iгурán Jayariyu, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentaron demanda en contra del departamento de la Guajira y la ESE Hospital de Nazareth, siendo posteriormente vinculado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como Litis Consorte necesario por pasiva².

II.1.1 Pretensiones³

- a. Declarar la nulidad de los actos administrativos emitidos, ambos, el 12 de agosto de 2013⁴, uno por la Gobernación de la Guajira, y otro por la ESE Hospital de Nazareth, por medio de los cuales las referidas autoridades les negaron la solicitud de liquidación reconocimiento y pago de cesantías retroactivas.

- b. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, que se condene a las entidades demandadas a pagar el mayor valor que se genere por la liquidación de

² Folios 142 y 143.

³ Folio 62..

⁴ Folios 19 a 23 y 26 a 27..

la prestación en comento bajo el sistema de retroactividad, la actualización e indexación de dicha suma con “*aplicación de la fórmula IPC*”, así como también la sanción moratoria por la cancelación extemporánea de las cesantías retroactivas.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes, que se extraen de la demanda y de los documentos aportados con esta⁵:

II.1.2 Fundamentos fácticos

a. Los demandantes manifestaron que se vincularon a la ESE Hospital de Nazareth, en las siguientes fechas:

“ENILDA ROSA PRIETO JUSAYU, desde el 01 de abril de 1983, hasta la fecha, desempeñando el cargo de Técnico Administrativo.

LUIS RAMIRO URIBE ESPINOSA, desde el 11 de marzo de 1974, hasta el 31 de marzo de 2012, desempeño el cargo de Gerente.

ROBERTO SEGUNDO FERNÁNDEZ PRIETO, desde el día 01 de agosto de 1986, hasta la fecha desempeña el cargo de Jefe de Presupuesto.

ALEJANDRO IGUARAN JUSAYU, desde el 14 de mayo de 1979, hasta la fecha desempeñando el cargo de conductor”.

b. Relatan que, sin su consentimiento, fueron afiliados al Fondo Nacional del Ahorro (FNA), por el Servicio Seccional de Salud hoy Secretaría de Salud Departamental (Desalud), y posteriormente por el Hospital de Nazareth ESE, razón por la cual, les consignaban sus cesantías en dicho fondo, sin retroactividad alguna por cada año de servicio “*sin que a la fecha se hallan (sic) cancelado dicho pasivo prestacional”.*

⁵ Folios 63 y 64..

c. Agregan que, *“la responsabilidad de reconocimiento, liquidación y pago de la retroactividad de las cesantías de los servidores del sector salud vinculados a las instituciones hospitalarias en el Departamento de la Guajira, antes del 23 de diciembre de 1993, afiliados a un fondo administrador de cesantías con anterioridad a la fecha le corresponde a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las entidades territoriales (Departamento y Municipios), y las instituciones hospitalarias las cuales no han asumido su responsabilidad hasta la fecha”*.

d. Señalaron que ante las referidas entidades radicaron petición *“solicitando reconocimiento, liquidación y pago del retroactivo del auxilio de cesantías”*, pero les fue negado, de un lado, por la Gobernación de la Guajira que, mediante oficio de 12 de agosto de 2014, manifestó que si bien les asistía derecho a lo reclamado, la cancelación del valor correspondiente requería la concurrencia de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la que le corresponde un aporte del *“80% de dicho retroactivo y el valor restante del 20% en cabeza del ente territorial departamental”*, de manera que hasta no contar con el concurso de las dos entidades no es posible realizar el desembolso. De otro, la ESE Hospital de Nazaret Informó que dada su naturaleza jurídica está liberado del reconocimiento y pago del retroactivo pensional conforme al *“Artículo 33 de la ley 60 de 1993, Art. 61 de la Ley 715 de 2001, ley 122 de 2007 en su artículo 29 y concordantes”*.

II.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

Invocaron como normas desconocidas los artículos 2, 6, 23, 25, 53 y 209 de la Constitución Política; 35 y 37 de la Ley 50 de 1990; 99 de la Ley 100 de

1993; 242 de la Ley 60 de 1993; 19 y 33 de la Ley 344 de 1996; 13 de la Ley 715 de 2001; 22, 25 y 27 del Decreto Ley 3118 de 1968.

Así las cosas, acusaron a los actos administrativos demandados de haberse expedido con infracción de las normas citadas, al desconocer que los demandantes por haber estado vinculados a una institución hospitalaria en el departamento de la Guajira, desde antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, sin haber expresado su voluntad de acogerse en materia de cesantías al régimen anualizado, pertenecen al sistema retroactivo, razón por la cual la liquidación, reconocimiento y pago de dicha prestación debe hacerse con base en el último salario devengado y con cargo a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las entidades territoriales y las instituciones hospitalarias.

II.2 Contestación de la demanda.

II.2.1 Departamento de la Guajira⁶

Se opuso a las pretensiones de la demanda y alegó que es a la Nación por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la que le corresponde responder por las pretensiones formuladas por los accionantes, en consecuencia solicitó la vinculación de dicha Cartera Ministerial “*como tercero demandado*”.

II.2.2 ESE Hospital de Nazareth

Solicitó que se negaran las peticiones de la demanda y formuló como excepciones las siguientes:

⁶ Folio 89 a 91

-Inexistencia de la obligación por concepto de mayor valor retroactivo del auxilio de cesantías: refiere que a los accionantes no les asiste derecho al pago del mayor valor del retroactivo de cesantías, y en todo caso, si lo tuvieran, no es de su resorte responder por aquel.

Precisó que *“los trabajadores de la salud independientemente de si son del orden Nacional o territorial en materia prestacional se les aplica el régimen prestacional de los empleados públicos del orden Nacional, y teniendo en cuenta que a partir del 1º de enero de 1969, a los empleados públicos del orden Nacional, se les aplica el régimen de anualidad de las cesantías, esté también se le debe aplicar a los empleados públicos de la ESE Hospital de Nazareth de Uribí, por cuanto son trabajadores de la salud, cuyo régimen aplicable por mandato de las normas antes citadas es el aplicable a los empleados públicos del orden Nacional”*.

-Cobro de lo no debido: reitera que las entidades hospitalarias no pueden ni tienen la obligación de responder por los pasivos prestacionales de su personal, de manera que, *“si en gracia de discusión los demandantes tuvieran el derecho”* reclamado, el Hospital Nuestra de Nazareth no sería el responsable de su reconocimiento.

-Pago: aduce que *“ha cancelado a los demandantes lo concerniente a sus prestaciones sociales tal y como lo indica la normatividad vigente por consiguiente no se considera deudora de los demandantes”*.

II.3. Vinculación de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁷

⁷ Folios 142 y 143.

En atención a la petición de vinculación al presente trámite del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, formulada por el departamento de la Guajira, el Tribunal Administrativo del referido ente territorial emitió auto de 6 de noviembre de 2015, mediante el cual ordenó la integración del contradictorio con la aludida Cartera Ministerial, concediéndole el término de 30 días para contestar la demanda.

II.4. Contestación de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁸

Frente a los hechos de la demanda señaló que después de revisada la certificación de calidad de beneficiarios del fondo pasivo prestacional del sector salud del departamento de la Guajira, pudo establecer que ninguno de los accionantes fue considerado como beneficiario de aquel, es decir, que a la Nación no le correspondió colaborar en la financiación de sus pasivos por concepto de cesantías causadas a 31 de diciembre de 1993.

Conforme a lo anterior alegó que en caso de accederse a las pretensiones, le correspondería a la propia entidad de salud en su condición de empleadora reconocer y financiar lo solicitado por los demandantes, de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 del Decreto 530 de 1994.

II.5 De la audiencia inicial⁹

Vencido el término de traslado de traslado de la demanda a los accionados y vinculados, quienes ejercieron su derecho de defensa y contradicción

⁸ Folios 150 a 154.

⁹

oportunamente, el *a quo* celebró la audiencia inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 20 de mayo de 2016.

En dicha diligencia, en la fase de saneamiento, el abogado de la parte demandante solicitó el desistimiento del medio de control en relación con el señor Alejandro Iguarán Jarariyú, con fundamento en que su relación con el ente hospitalario era en “*condición de trabajador oficial*”, por cuanto se desempeña “*como conductor*”, vinculación que configura la falta de jurisdicción y competencia del juez para conocer del asunto relacionado con él.

De dicha petición se le corrió traslado a los asistentes, quienes no manifestaron oposición, de manera que acto seguido el magistrado ponente resolvió:

*“Aceptar el desistimiento de las pretensiones relacionadas con el señor ALEJANDRO IGUARÁN JARARIYÚ”*¹⁰.

En consecuencia ordenó que “*por secretaría se desglosen las pruebas relacionadas con el señor ALEJANDRO IGUARÁN JARARIYÚ y se deje constancia del desglose tal como lo ordena el Código General del Proceso*”. Notificó de su decisión en estrados y las partes no interpusieron recurso alguno.

Habiéndose excluido del trámite al citado señor, procedió a pronunciarse sobre las excepciones de “*ausencia de reclamo en vía gubernativa*”, “*falta del requisito de procedibilidad conciliatorio*”, “*falta de legitimación en la causa por*

¹⁰ Folio 179 reverso.

pasiva” y “*prescripción*”, señalando que ninguna de aquellas tenía vocación de prosperar.

Luego de la fijación del litigio y de haber tenido por fallida la etapa de conciliación, pasó al decreto de pruebas y citó a audiencia para hacer la incorporación de estas al expediente.

- III. SENTENCIA APELADA¹¹

El Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante sentencia de 13 de octubre de 2016, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, formuladas por la ESE Hospital de Nazareth, y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda.

Explicó que, como la relación laboral de los demandantes con el sector salud fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993¹², se hizo conforme a las disposiciones previstas en el Decreto 056 de 1975¹³, esto es, bajo el Sistema Nacional de Salud, el cual a nivel seccional, para el caso concreto, estaba dirigido por el Servicio Seccional de Salud de la Guajira, que era a su vez, una “***dependencia técnica del Ministerio de Salud***”, sin autonomía ni personería jurídica.

Precisó que los Servicios Seccionales de Salud “*se organizaron mediante contratos entre la Nación y los departamentos, (...) bajo el entendido que era un servicio a cargo de la Nación y donde los departamentos eran delegatarios*”

¹¹ Folios 261 a 271.

¹²“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

¹³“ Por el cual se sustituye el Decreto-ley número 654 de 1974 y se dictan otras disposiciones”

o agentes seccionales de la Nación, para efectos de la coordinación y prestación del servicio”.

Así las cosas, si antes de la Ley 100 de 1993 los departamentos o municipios no crearon por su propia voluntad administrativa los hospitales como entidades descentralizadas o dependencias de ellos, sino que éstos eran dependencias de los servicios seccionales de salud deben tenerse como dependencia de la estructura de la administración nacional descentralizadas indirectas.

Con fundamento en lo anterior, afirmó que como la prestación en comento dependía de las Direcciones Seccionales del Servicio de Salud, los servidores encargados de suminístrala eran empleados públicos del orden nacional, a los que, al igual que a los demás servidores con esa condición, en materia de cesantías les aplicaba obligatoriamente el decreto ley 3118 de 1968, que prevé un sistema de liquidación anual y no retroactivo, bajo la administración del Fondo Nacional del Ahorro.

Agregó que, si bien, mediante el acuerdo Municipal 037 de 1995, se creó la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios, como entidad pública descentralizada del orden territorial, esta autonomía, no afectó el régimen prestacional de su personal, pues en todo caso, desde la expedición de la Ley 10 de 1990, se homologó a los empleados del sector salud en el régimen laboral aplicable a los empleados del orden nacional, es decir, que aquellos que se hayan vinculado con posterioridad a dicha norma, en todo caso, se rigen por el sistema previsto para el Fondo Nacional del Ahorro.

Conforme a las anteriores premisas concluyó que el auxilio en mención no se regula por el sistema de cesantías retroactivas, como pretenden los demandantes, en razón a que son empleados nacionales cuyas acreencias se

encuentran a cargo de la Nación y cuyo régimen jurídico de cesantías es el anualizado desde el año 1968.

- IV. RECURSO DE APELACIÓN¹⁴

El apoderado judicial de la parte actora, mediante escrito de 26 de octubre de 2016¹⁵, manifestó su desacuerdo frente al argumento del *a quo*, según el cual a sus representados no les es aplicable el régimen de cesantías retroactiva por ser empleados del orden Nacional y no territorial, pues contrario a esa afirmación la vinculación de aquellos siempre ha sido en condición de servidores públicos departamentales.

Aseveró que el “Departamento de la Guajira, deberá reconocer a título de restablecimiento del derecho la retroactividad de las cesantías, desde el comienzo de su labor hasta el año 1994 y la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha hasta la fecha de su desvinculación, descontando el valor de las cesantías anualizadas”.

Agregó que “todos los trabajadores del sector salud en la Guajira son del régimen retroactivo y no anualizado como lo está afirmando la sala en pleno” y que si bien sus poderdantes fueron afiliados al Fondo Nacional del Ahorro “por parte del Ente Territorial Departamento de la Guajira, por intermedio de la Secretaría de Salud”, nunca fue la voluntad de aquellos hacerlo “ni escogieron su respectiva afiliación”.

¹⁴ Folios 128 a 133.

¹⁵ Folios 275 a 277..

-

- V. CONSIDERACIONES

V.1. Problema Jurídico.

De acuerdo con los cargos formulados por los demandantes en calidad de apelantes únicos, le corresponde a la Sala determinar si los actores por ser empleados del sector salud de la ESE Hospital de Nazareth, con vinculación anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a la liquidación de sus cesantías conforme al régimen retroactivo o si por el contrario esta prestación se rige por las disposiciones previstas para los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, dado que según el *a quo*, aquellos son empleados del orden nacional.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Subsección abordará las siguientes temáticas: i) vinculación de los servidores encargados de la ejecución del servicio de salud a través de las Unidades Seccionales de Salud ii) evolución legal de las cesantías de los servidores públicos; iii) cesantías de los servidores públicos del sector salud.

V.1.1 Vinculación de los servidores encargados de la ejecución del servicio de salud a través de las Unidades Seccionales de Salud

En la sentencia impugnada se advirtió que el servicio de salud en la Guajira, para el momento de vinculación de los actores, se prestaba a través del Servicio Seccional de Salud de dicho departamento, que era una dependencia técnica del Ministerio de Salud, creada mediante contrato suscrito entre las respectivas autoridades del orden nacional y las correspondientes del nivel territorial.

Señaló además, que, si bien, la aludida dependencia era coordinada por el gobernador, su intervención se limitaba a la de ser delegatarios o agentes seccionales de la Nación, pero sin gozar de autonomía presupuestaria, pues era el Ministerio de Salud el encargado de establecer las políticas públicas y administrar directamente la mayoría de los recursos.

A partir de lo anterior, concluyó que los empleados vinculados a la ejecución de ese servicio pertenecían al orden nacional, en tanto, su relación laboral se trababa con una dependencia técnica del Ministerio de Salud, en consecuencia, en materia de cesantías les era aplicable el régimen previsto en el Decreto Ley 3118 de 1968, modificado por los artículos 11 y 12 de la Ley 432 de 1998, esto es, el administrado por el Fondo Nacional del Ahorro.

Así las cosas, afirmó que los accionantes no estaban sujetos al régimen de cesantías retroactivo, por cuanto aquellos siempre fueron empleados públicos del orden nacional y por ende afiliados obligatorios al Fondo Nacional del ahorro, vinculación que excluye la posibilidad de remisión al sistema de liquidación retroactivo.

Sobre el particular la Subsección “B” de la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 17 de febrero de 2011, con ponencia de la Magistrada Bertha Lucia Ramírez de Páez, proferida dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 440012331000200300906-02 (0553-10), en la que se discutió el derecho a la liquidación retroactiva de las cesantías de un empleado del sector salud vinculado a una Dirección Seccional de Salud, señaló, en sentido opuesto a lo sostenido por la primera instancia, que los Servicios Seccionales de Salud son

dependencias administrativas de los departamentos y por ende sus servidores son empleados departamentales¹⁶.

La referida postura se basó, en resumidas cuentas, en que según el Decreto 706 de 1974¹⁷ la creación, organización y funcionamiento de dichas unidades técnicas se fija en el contrato celebrado entre la Nación, Ministerio de Salud Pública y el respectivo Departamento, Intendencia, Comisaría y Distrito Especial de Bogotá y las correspondientes Beneficencias y Loterías, de modo que, dicho origen *“excluye la posibilidad de considerar los Servicios Seccionales de Salud como un organismo integrante de la Rama Ejecutiva, (...), pues no se asimila a los previstos en el artículo 1 del Decreto 1050 de 1968”* ni a una unidad administrativa especial, máxime cuando el *“Decreto 121 de 1976, reorgánico del Ministerio de Salud, sólo contiene dentro de su Estructura la Unidad Administrativa Especial denominada Dirección de Campañas Directas, sin figurar otro organismo Seccional o Local de Salud. (arts. 20 y 35)”*¹⁸.

De lo reseñado en precedencia, se observa que esta Corporación fue clara en precisar que los Servicios Seccionales de Salud no son organismos del orden Nacional, toda vez que su origen está en la celebración de Convenios y Contratos entre la Nación Ministerio de Salud y los prestadores del servicio, procedencia que descarta la posibilidad de catalogarlos como tal o como una unidad administrativa especial del orden nacional, pues, se reitera, la estructuración y fines de los Servicios Seccionales de Salud no coincide con

¹⁶ Ver providencia de 4 de mayo de 1993, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, CP. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Exp. No. C-231, conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 9 de Diciembre de 1974 (Radicación no. 941, CP Luis Carlos Sáchica) y de 10 de Junio de 1987 (Radicación no. 114, CP Jaime Paredes Tamayo).

¹⁷ *“Por el cual se establece la organización y funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud”*

¹⁸ *Ibídem.*

las entidades señaladas en el artículo 1° del Decreto 1050 de 1968, como integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, toda vez, que dicha norma se limita a enlistar a como integrantes de dicha estructura a la: “a) *Presidencia de la república*; b) *Ministerios y departamentos administrativos*; c) *Superintendencias*, y d) *Establecimientos públicos*”.

En igual sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Ernesto Rafael Ariza Muñoz¹⁹, al dirimir el conflicto de competencia presentado entre el Ministerio de Salud y la Gobernación del Huila, para decidir el recurso de apelación incoado contra un acto administrativo expedido por el Jefe del Servicio Seccional de Salud de dicho departamento, analizó la vinculación de tal funcionario, concluyendo que pertenecía al orden departamental, con el siguiente argumento:

*“No son asimilables a dichas estructuras (organización del orden Nacional), los Servicios Seccionales de Salud, porque su condición de dependencia técnica del Ministerio de Salud sólo implica un nivel seccional del funcionamiento de un sistema que no afecta en manera alguna, sino se superpone al conjunto de organismos que integran la respectiva Secretaría o Departamento Administrativo y las entidades que le están adscritas o vinculadas en el sector administrativo correspondiente a la estructura de la administración departamental determinada por medio de ordenanza. **Resultan ser, por lo tanto, servidores departamentales quienes prestan sus servicios en cargos permanentes de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud, a nivel seccional, como son los Servicios Seccionales de Salud**”*

Así las cosas, para la Sala no fue acertado el criterio del *a quo* según el cual las Seccionales de Salud hacen parte de los Ministerios y por ende los

¹⁹ Expediente No. C-231 de 4 de mayo de 1993

empleados vinculados a estas son del orden Nacional, por cuanto como quedó visto, el hecho de que los Servicios de Salud a nivel Territorial hayan funcionado como dependencias técnicas del Ministerio de Salud, no es óbice para catalogar a los Empleados Públicos de la Planta de Personal como del Orden Nacional, pues no existen (las Seccionales de Salud) en la Estructura del Estado como entidades adscritas o vinculadas a la aludida Cartera Ministerial.

De lo que se sigue que, contrario a lo sostenido por el Tribunal Administrativo de la Guajira, no es posible excluir a los demandantes del régimen de retroactividad de cesantías con fundamento en que al momento de su vinculación laboral tenían la condición de empleados Nacionales, porque como se señaló se trata de servidores departamentales a los que con la entrada en vigencia Ley 432 de 1998, no se le impuso la obligación de afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro.

Dilucidado lo anterior, corresponde determinar cuál es el sistema de liquidación de cesantías aplicable a los actores en su condición de servidores públicos del nivel territorial del sector salud, para lo que se explicará la evolución legal que ha tenido la aludida prestación.

V.1.2 Evolución legal de las cesantías de los servidores públicos

La Ley 6ª de 1945 *“Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”*, en el literal a) del artículo 17, consagró el auxilio de cesantía para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, en cuantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios con posterioridad al primero de enero de 1942.

Luego dicho derecho fue extendido a todos los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, departamentos, intendencias, comisarías, municipios y particulares, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 65 de 1946 y se constituyó en una obligación a cargo del Estado en beneficio de sus empleados, a su vez el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías²⁰.

Posteriormente, el Decreto 1160 del 28 de marzo de 1947 estableció el mismo derecho para los empleados al servicio de la Nación de cualquiera de las ramas del poder público, sin importar si se encontraban inscritos en carrera administrativa o no, y sea cual fuere la causa de su retiro.

En resumen, se tiene que la Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, previeron el derecho al auxilio de cesantías para los servidores del sector público en los órdenes nacional, seccional y territorial, en razón a un mes de sueldo por cada año de trabajo continuo o discontinuo y proporcional por las fracciones de año.

Para efectos de su liquidación, se dispuso, como regla general, tener en cuenta el último salario fijo devengando por el empleado así como todo aquello que haya percibido a cualquier otro título y que implicara directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, de este modo el régimen tenía carácter retroactivo y el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en

²⁰ El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.

proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema.

Frente a las falencias del modelo adoptado, el Gobierno Nacional optó por expedir el Decreto 3118 de 1968²¹ con el propósito de iniciar el proceso de desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual, así como con la finalidad de pagar oportunamente el auxilio de cesantía a los empleados públicos y trabajadores oficiales; contribuir a la solución del problema de vivienda de estas personas y proteger dicho auxilio de la depreciación monetaria, previendo, para el efecto, el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del trabajador.

En el decreto referido (artículos 3.º y 4.º) se dispuso que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional, excepto las de los miembros de las Cámaras Legislativas, de los empleados de las mismas, de los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la Defensa Nacional.

Es decir, con la expedición del Decreto 3118 de 1968, se suprimió el régimen de retroactividad para remplazarlo por el de liquidación anualizada, administrado por el Fondo Nacional del Ahorro, pero únicamente en relación con los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, es decir, que los

²¹ *“por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”,*

servidores del nivel territorial que venían gozando de la retroactividad no vieron afectado su derecho de manera que ese sistema era el que se le continuaba aplicando a la liquidación del auxilio en comento, de tales empleados.

Se observa entonces, que en los distintos niveles del sector oficial (nacional-departamental y municipal) se aplicaban diversos regímenes prestacionales, por ello el legislador con la intención de unificarlos expidió la Ley 10 de 1990²², prescribiendo en cuanto al régimen prestacional de los empleados de la salud del nivel territorial, lo siguiente:

*“ARTICULO 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. **A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley**”.*

De esta manera, los empleados del sector salud pertenecientes al nivel territorial y sus entes descentralizados, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10 de 1990, en materia prestacional se regían por las mismas disposiciones que los nacionales, por lo que, para la liquidación y pago de sus cesantías debía recurrirse a las prescripciones del Decreto 3118 de 1968, que prevé el modelo anualizado administrado por el Fondo Nacional del Ahorro.

²² “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”

Hasta aquí, en lo atinente al régimen de cesantías en el sector público existían dos sistemas el anualizado para los servidores nacionales y para los territoriales siempre y cuando perteneciera al sector salud y hubieren iniciado sus labores con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10 de 1990, al tiempo coexistía el régimen de retroactividad por el que se regulaba el auxilio de los servidores territoriales, con la exclusión señalada para los encargados de suministrar servicios de salud.

Posteriormente el artículo 242 de la Ley 100 de 1993, "*Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*", instituyó la prohibición expresa de reconocer y pactar "*para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantías a ellos aplicable*", de manera que el sistema de liquidación anualizado se convirtió en la regla general para este tipo de empleados.

Más adelante, en el sector público, la Ley 344 de 1996 "*Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*"²³ en el artículo 13 estableció la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado (Ramas Legislativa y Ejecutiva)²⁴, a partir de su entrada en vigencia, esto es, el 31 de diciembre de 1996. Dice la norma:

*"(...) **Artículo 13.** Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

²³ Publicada en el Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996.

²⁴ Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo”.

Luego, el Decreto 1582 de 1998²⁵ por medio del cual el Presidente de la República reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió el régimen de liquidación de cesantías anualizado previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a los fondos privados administradores de cesantías, a saber:

*“Artículo 1º.- **El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990;** y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.*

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

²⁵ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.”

En el caso de aquellos servidores que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse a las opciones previstas en la citada norma, el artículo 3.º del Decreto 1582 de 1998 indicó el siguiente procedimiento:

“a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;

b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;

c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición”.

De otro lado la Ley 432 de 1998²⁶, que introdujo modificaciones a la naturaleza jurídica y cobertura del Fondo Nacional del Ahorro, precisó en su artículo 5 respecto a sus afiliados lo siguiente:

“Artículo 5º.- Afiliación de servidores públicos. A partir de la vigencia de la presente Ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

No se aplica lo anterior al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

²⁶ “Por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones”.

Los servidores públicos que se afilien voluntariamente al Fondo Nacional de Ahorro solo podrán trasladarse a una sociedad administradora de fondos de cesantías, transcurridos tres años desde la afiliación, siempre que no tengan obligación hipotecaria vigente con el Fondo Nacional de Ahorro”.

A su vez el artículo 19 del Decreto 1453 de 1998, reglamentario de la Ley 432 de la misma anualidad, consagró la obligatoriedad de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, para los siguientes empleados del orden nacional

“ARTÍCULO. 19. *-Afiliados obligatorios. Salvo las excepciones dispuestas en el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 432 de 1998, son afiliados obligatorios al Fondo Nacional de Ahorro:*

- 1. Los servidores públicos afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, en calidad de obligatorios en virtud del Decreto-Ley 3118 de 1968.*
- 2. Los servidores públicos de las empresas sociales del Estado, del orden nacional, y de las sociedades de economía mixta, cuyo capital esté compuesto en más del 90 por ciento por recursos del Estado, cuya afiliación era voluntaria en el Decreto-Ley 3118 de 1968.*
- 3. Los servidores públicos que se vinculen a la rama ejecutiva del poder público del orden nacional a partir del 2 de febrero de 1998, fecha de entrada en vigencia de la Ley 432 de 1998”.*

Es decir, con el propósito de desmontar del sistema de retroactividad de cesantías, el artículo 19 Decreto 1453 de 1998 estableció la obligatoriedad de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, para los empleados Nacionales allí señalados, independientemente de si su vinculación era anterior o posterior a la vigencia de tal norma.

En cuanto a los servidores del orden territorial que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, esto es, después del 31 de diciembre de 1996, les resulta aplicable

el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad a tal fecha, siempre y cuando hubieren manifestado su voluntad de renunciar al sistema de retroactividad.

El postulado transcrito fue reiterado por esta Corporación mediante sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016²⁷, bajo los siguientes términos:

“En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998”

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000 en el artículo 2º, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la vinculación laboral.

En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó:

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, demandado: Municipio de Soledad.

“Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.

De esta manera, en el orden territorial el auxilio de cesantías continuo rigiéndose, entre otras disposiciones, por el artículo 17 literal a) de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1.º del Decreto 2767 de 1945, 1.º de la Ley 65 de 1946 y 1.º, 2.º, 5.º y 6.º del Decreto 1160 de 1947, normativa que para el sistema retroactivo de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías aún se aplica, sin que haya lugar al pago de intereses.

5.1.3 cesantías de los servidores públicos del sector salud

Tratándose los accionantes de funcionarios del sector salud del orden territorial, es oportuno precisar el régimen de cesantías que les es aplicable, para lo cual se ha de partir del momento en que se produjo su vinculación laboral, de manera que si esta fue anterior a la Ley 10 de 1990, la aludida prestación se regiría por lo consagrado en el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º de la Ley 65 de 1946 y 1º, 2º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947, que era la regla general para los empleados del orden territorial, mientras que para los servidores del nivel nacional, después de la expedición del Decreto 3118 de 1968, lo era la afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, incluso aquellos pertenecientes al sector salud.

No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990 se estableció una regla especial para los empleados territoriales que pertenecieran al área de la salud, toda vez que el artículo 30 de dicha normas los homologó en el régimen laboral aplicable a los empleados del orden nacional, lo que conllevó

a la aplicación, respecto de aquellos, del sistema de cesantía anuales, es decir, sin retroactividad, así dispuso el precepto:

“ARTICULO 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo.

A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley”
(subrayado fuera del texto).

Bajo la misma línea, la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, prohibió de manera expresa para los servidores del sector salud, acordar retroactividad en el régimen de cesantías, así señaló:

“Artículo 242 (...)

A partir de la vigencia de la presente Ley no podrá reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantías a ellos aplicable.
(...)”

Posteriormente debido a los problemas originados en la financiación de ciertas obligaciones derivadas de la prestación de servicios a cargo, en todo o en parte, de la Nación, entre estas el pasivo prestacional de los servidores del sector de

la salud que, por diferentes razones, se había acumulado con el transcurso del tiempo, se expidió la Ley 60 de 1993, *“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, a través de la cual, se instituyó el Fondo Prestacional del Sector Salud, como mecanismo para subvencionarlo.

Dicho fondo se creó como una cuenta especial de la Nación para garantizar el pago del pasivo prestacional a favor de los servidores pertenecientes a las entidades de salud del sector oficial, del subsector privado sostenido y administrado por el Estado, de las entidades de naturaleza jurídica indefinida pero igualmente sostenidas por el Estado, por concepto de cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación.

“ARTÍCULO 33. FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD. Créase el Fondo Nacional para el pago del pasivo prestacional de los servidores del sector salud, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia contable y estadística, con las siguientes características:

1. El Fondo Prestacional garantizará el pago del pasivo prestacional por concepto de cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación, causadas hasta el fin de la vigencia presupuestal de 1993, de los servidores pertenecientes a las entidades o dependencias de que trata el numeral 2o. del presente artículo”.

Para cumplir dicha finalidad de financiación y garantía, el artículo 33, parágrafo 2º de la Ley 60 de 1993 del 12 de agosto de 1993, dispuso:

“El Gobierno Nacional y los Gobiernos Departamentales, Distritales y Municipales podrán emitir bonos de reconocimiento u otros títulos de deuda pública para pagar el pasivo prestacional según reglamento que para el efecto se expida. Los pagos del pasivo prestacional por cesantías y pensiones podrán ser hechos a los fondos privados de cesantías y pensiones, a las cajas de previsión, al Instituto de los Seguros Sociales o a los fondos territoriales que para el efecto se creen, y en todos los casos se entenderá que en la fecha de los pagos del pasivo prestacional causado se interrumpe cualquier retroactividad con cargo a la Nación, a las entidades territoriales o a la entidad de prestación de servicios de salud que corresponda”.

El aparte subrayado fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C-687 del 58 de diciembre de 1996, MP Antonio Barrera Carbonell, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad frente al parágrafo 2º del artículo 33 la Ley 60 de 1993, en la que arribó a la conclusión de que las diferencias surgidas con ocasión de la liquidación retroactiva de cesantías, con posterioridad al 31 de diciembre de 1993, deben ser reconocidas por las entidades territoriales:

*“**3.1.** Hay que reconocer que la redacción del aparte normativo acusado del art. 33 no fue afortunada, porque por su imprecisión da pie para una interpretación equívoca, en el sentido de que puede estar consagrando el congelamiento de las cesantías de aquéllos servidores que con arreglo a la ley puedan gozar del beneficio de la retroactividad de esta prestación.*

***3.2.** Para la Corte es claro que el entendimiento real de la norma es otro.*

Cuando la disposición se refiere a la irretroactividad para efectos de pagar el pasivo prestacional, con cargo a las entidades señaladas, hace alusión a las relaciones obligacionales entre el Fondo y los organismos que recibieron el pago (Fondos de pensiones, Cajas de Previsión, ISS, Fondos Territoriales), pero no a las prestaciones que

originan la obligación; por lo tanto el aparte normativo acusado no desconoce ningún derecho a los servidores sometidos a su régimen.

En resumen, diríase que para la norma en cuestión la expresión de que el pago de los pasivos prestacionales interrumpe la retroactividad con cargo a la Nación o a las entidades territoriales, significa que la medida soluciona definitivamente la obligación y hacía adelante, es decir, que después del 31 de Diciembre (sic) de 1993 se consolida la responsabilidad prestacional para los servidores de la salud, pero a cargo de las entidades territoriales como resultado del proceso de descentralización” (Se resalta).

Por su parte la Ley 100 de 1993 se refirió igualmente al Fondo Prestacional del sector Salud en su artículo 242 y aclaró que asumiría el costo adicional generado por concepto de la retroactividad de las cesantías del sector salud, en los siguientes términos:

“El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en ésta, será asumido por el fondo del pasivo prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma ley.

A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable.

(...)

PARÁGRAFO: Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndese por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993”.

La referida norma que en principio se reglamentó mediante el Decreto 530 de 1994, con la expedición de la Ley 715 de 2001, que en su artículo 61 suprimió el Fondo de Pasivo Prestacional para el Sector Salud trasladando la responsabilidad financiera de aquel al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pasó a ser regulada por el Decreto 306 de 2004, que previó, entre otros, los requisitos para ser beneficiario del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud y la forma de pago de dicho pasivo, así:

“Artículo 4°. Cesantías. El procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías se desarrollará conforme a los siguientes parámetros:

El valor neto de la cesantía de una persona activa o retirada a 31 de diciembre de 1993 equivaldrá a las cesantías causadas y pendientes de pago a dicha fecha, descontando los valores cancelados por concepto de cesantías parciales, todo debidamente actualizado.

La Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se abstendrá de pagar con sus recursos la retroactividad de cesantías que corresponda al servidor público o el trabajador privado afiliado con anterioridad al 23 de diciembre de 1993 al Fondo Nacional del Ahorro o a otra Administradora de Fondo de Cesantías legalmente constituida, teniendo en cuenta que el régimen que administran dichas entidades no contempla a su cargo el pago de dicha retroactividad.

Cuando la negligencia imputable al empleador en el pago oportuno de los aportes para cesantías de sus trabajadores dé origen a la cancelación de intereses de mora, estos no podrán ser cancelados con la concurrencia a cargo de las entidades que colaboran en la financiación del pasivo prestacional del sector salud.

Artículo 8°. *Beneficiarios.* Se consideran beneficiarios del Pasivo Prestacional del Sector Salud aquellos servidores públicos y trabajadores privados que fueron certificados como tales por el Ministerio de Salud de conformidad a la normatividad entonces vigente, sin perjuicio de las modificaciones a que haya lugar con ocasión de la revisión que efectúe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Serán considerados como beneficiarios los trabajadores del sector salud que a diciembre de 1993 pertenecían a una de las siguientes entidades o dependencias y tenían acreencias prestacionales legales a las que se refiere el artículo 2° del presente decreto, vigentes con las mismas:

- a) *Instituciones o dependencias de salud del subsector oficial del sector salud;*
- b) *Entidades del subsector privado del sector salud, cuando hayan estado sostenidas o administradas por el Estado, o cuyos bienes se hayan destinado a una entidad pública en un evento de liquidación;*
- c) *Entidades de naturaleza jurídica indefinida del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, o que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública”.*

En conclusión por regla general el auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, que se hayan vinculado antes de la entrada en vigor de la Ley 10 de 1990, reiterada en la Ley 100 de 1993, se liquida con el régimen de retroactividad, es decir, con base en el último salario devengado al momento de la desvinculación de la entidad o de la liquidación parcial de cesantías, según sea el caso; a no ser que hayan optado por afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, caso en el cual se calcula con el sistema de liquidación y manejo que regula ese sistema.

A la referida conclusión también arribó esta Subsección, en sentencia de 26 de abril de 2018, Radicación número: 44001-23-33-000-2015-00041-01 (0261-2017) CP Sandra Lisset Ibarra Vélez .

“Conforme a la normativa transcrita en precedencia es posible afirmar que los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, que hubieren iniciado sus labores antes de la entrada en vigor de la Ley 10 de 1990, reiterada en la Ley 100 de 1993, por regla general, son beneficiarios en materia de cesantías del régimen de retroactividad a menos que se hubieren acogido al sistema anualizado”.

5.2 Caso concreto

Como quedó expuesto en la primera parte de las consideraciones de la presente providencia, no fue acertada la conclusión del *a quo*, en el sentido de excluir a los demandantes del sistema retroactividad por considerarlos servidores del orden nacional, pues como se señaló los servicios seccionales de salud fueron dependencias administrativas de los departamentos y por tanto sus empleados vinculados antes de la entrada en vigencia de las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, pertenecen al orden territorial.

Preciado lo anterior, a efectos de determinar cual es el régimen de cesantías que le es aplicable a los demandantes, procede la Sala a revisar la situación particular de cada uno de aquellos y cual ha sido el manejo que le ha dado a dicha prestación, desde el inicio de la vida laboral y hasta la fecha de reclamación, para con base en los presupuestos fácticos que dicho análisis arroje identificar el sistema aplicable a la liquidación y pago de sus cesantías, estos es, si el retroactivo o el anualizado.

5.2.1 Hechos relevantes probados

Comoquiera que la parte accionante está integrada por los señores Enilda Rosa Prieto Jusayu, Luis Ramiro Uribe Espinosa y Roberto Segundo

Fernández Prieto, quienes tienen situaciones comunes respecto del agotamiento del procedimiento administrativo, pero diferentes en cuanto a su ingreso al sector salud, afiliación, aportes y manejo de cesantías, en primer lugar se expondrán los hechos acreditados en el expedientes que son iguales para todos y luego se extraerán las circunstancias particulares en relación con cada uno de ellos, resolviéndose el problema jurídico caso por caso.

5.2.1.1 Hechos comunes a todos los demandantes:

- El 22 y 23 de julio de 2013, los accionantes, a través de abogado, formularon petición ante el Gerente de la E.S.E Hospital de Nazareth y el Gobernador del departamento de la Guajira, para que se les reconociera, liquidara y pagara el retroactivo de las cesantías²⁸.
- El 12 de agosto de 2013, del Jefe de Oficina Asesora Jurídica del departamento de la Guajira atendió dicho pedimento, manifestando que la administración reconoce que los solicitantes son beneficiarios del sistema retroactivo, sin embargo, para realizar el pago requiere la concurrencia del Ministerio de Salud²⁹.
- El 12 de agosto de 2013 la Gerente de la ESE Hospital de Nazareth igualmente respondió la solicitud de los accionantes, informándoles que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es el responsable del manejo de los recursos destinados al pasivo prestacional de los trabajadores del sector salud, por disposición expresa de la Ley 715 de 2001, de manera que es dicha Cartera en concurrencia con el

²⁸ Folios 17-18 y 24-25.

²⁹ Folios 26 y 27.

departamento de la Guajira los llamados a atender el pasivo prestacional de los funcionarios que acrediten tener derecho a la liquidación de sus cesantías bajo el sistema retroactivo.

5.2.1.2 Hechos acreditados respecto de la señora Enilda Rosa Prieto Jusayu:

1. El Jefe de Talento Humano de la ESE Hospital de Nazareth certificó, el 1º de agosto de 2013, que la señora Enilda Rosa Prieto Jusayu, identificada con cédula de ciudadanía 40.912.559 de Riohacha, labora en esa Institución desde el 1 de abril de 1983, desempeñando al momento de la expedición de dicho documento el cargo de Técnico Administrativo³⁰.

2. El Tribunal Administrativo de la Guajira, envió solicitud al Fondo Nacional del Ahorro, con el objeto de recaudar la prueba documental pedida por la parte actora, la cual fue atendida mediante oficio de 16 de junio de 2016, en el que se informó que la señora Enilda Rosa Prieto Jusayu, está afiliada al Fondo Nacional del Ahorro desde el año 1977, siendo su empleador para ese entonces el Ministerio de Educación Nacional, cartera que se encargó de consignar los aportes para cesantías desde esa anualidad hasta marzo de 1983.

Allí mismo se observa que posteriormente fue el Departamento Administrativo de Salud de la Guajira el que asumió la responsabilidad de efectuar dicho desembolso entre los años 1983 a 1993, cuando la carga la asumió la ESE Hospital de Nazareth desde 1994 a 2016.

³⁰ Folio 37.

3. Junto con el aludido oficio, la entidad requerida también allegó el extracto histórico de las cesantías de la señora Prieto Jusayu en el que se observa que desde el año 1977 hasta el 2016, de manera ininterrumpida, sus empleadores le han consignado los aportes para cesantías en la cuenta individual que figura a su nombre en el Fondo Nacional del Ahorro, correspondiendo el último pago al año 2016³¹.

4. Asimismo del mencionado documento también se advierte que la accionante durante los años 2010 y 2013, realizó retiros parciales de sus cesantías.

Conforme a los presupuesto fácticos enunciados, extraídos de la documental obrante en el expediente, la Sala observa que la señora Enilda Rosa Prieto Jusayu inició su vida laboral en Ministerio de Educación Nacional en el año 1977, es decir, como empleada de la rama ejecutiva del orden nacional y con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 3118 de 1968, lo que significa que su afiliación al Fondo Nacional del Ahorro fue obligatoria.

Lo anterior por cuanto, para el momento en que inició sus labores en la aludida Cartera ya se había expedido el Decreto 3118 de 1968, mediante el cual se suprimió el régimen de retroactividad para remplazarlo por el de liquidación anualizada, administrado por el Fondo Nacional del Ahorro, para los empleados que como ella pertenecieran a la Rama Ejecutiva del orden nacional, por lo que no tuvo otra opción que adscribirse a aquel.

³¹ Folios 217 a 233.

Ahora, si bien el 1º de abril de 1983, inició labores en el sector salud a través del Departamento Administrativo de Salud de la Guajira, adquiriendo entonces la condición de empleada territorial, que le brindaba la posibilidad de afiliarse al sistema que estimara más conveniente, aquella continuó adscrita al Fondo Nacional del Ahorro, al punto que el último pago por concepto de cesantías, que figura a su nombre corresponde al año 2016.

Con base en lo señalado, es posible concluir que la señora Prieto Jusayu nunca no ha sido beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, pues desde el comienzo cuando trabajo para el Ministerio de Educación Nacional, por mandato legal, el administrador de sus cesantías fue el FNA, y aunque posteriormente tuvo la oportunidad de cambiarlo, mantuvo su vinculación a aquel, como lo demuestra el extracto histórico de sus cesantías, de donde además se evidencia que ha realizado retiros parciales de su ahorro, de lo que se infiere que conoce las reglas del sistema al que pertenece desde el año 1977.

5.2.1.3 Hechos acreditados respecto del señor Luis Ramiro Uribe Espinosa:

1. El Jefe de Talento Humano de la ESE Hospital de Nazareth certificó, el 1º de agosto de 2013, que el señor Luis Ramiro Uribe Espinosa, laboró en esa Institución desde el 11 de marzo de 1974 hasta el 31 de marzo de 2012, desempeñando como último cargo el de Gerente³².

³² Folio 40.

2. Según el oficio de 16 de junio de 2016 emitido por el FNA³³, en respuesta al requerimiento de recaudo probatorio del *a quo*, el señor Luis Ramiro Uribe Espinosa está afiliado a dicho fondo desde el año 1974, por lo que el Departamento Administrativo de Salud de la Guajira le consignó, en la cuenta que a su nombre figura, los aportes para cesantías entre los años 1974 a 1993, luego a partir del año 1994, esta carga fue asumida por la ESE Hospital de Nazareth, hasta el 2012.

3. El anterior hecho se corrobora del extracto histórico de sus cesantías, aportado igualmente por el FNA, en el que consta que desde el año 1974 hasta el 2012 y de manera ininterrumpida, le fueron depositados los aportes correspondientes a dicha prestación en la cuenta individual que figura a su nombre en el Fondo Nacional del Ahorro³⁴.

4. Del referido reporte también se advierte que, el accionante durante los meses de mayo y agosto de 2012 realizó retiros parciales de sus cesantías, entregándosele el saldo final en el año 2013.

Conforme al relacionado acervo probatorio concluye la Sala, que el señor Uribe Espinosa tampoco es beneficiario del régimen de cesantías retroactivas señalado en la Ley 6ª de 1945, toda vez que está demostrado que desde su vinculación al sector salud en el orden territorial, optó por afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro y se mantuvo en aquel hasta su retiro, si bien, en su momento pudo escoger otro sistema no lo hizo, como lo demuestra el extracto histórico de sus cesantías, del que se advierte que cada año, a partir de 1986, allí le fueron depositados los aportes para esa prestación.

³³ Folio 217.

³⁴ Folios 234 a 248.

Ahora, no obstante no obra en el expediente manifestación expresa de su voluntad acogerse a ese sistema, el hecho de haber realizado retiros parciales de sus cesantías directamente del Fondo Nacional del Ahorro, permite inferir que conocía de su vinculación al aludido fondo, acogiéndose por tanto a las reglas y disposiciones que lo regulan.

5.2.1.4 Hechos acreditados respecto del señor Roberto Segundo Fernández Prieto:

1 El Jefe de Talento Humano de la ESE Hospital de Nazareth certificó, el 1º de agosto de 2013, que el señor Roberto Segundo Fernández Prieto labora en esa Institución desde el 1º de agosto de 1986, desempeñando al momento de la expedición de dicho documento el cargo de Jefe de Presupuesto³⁵.

2. Según el oficio de 16 de junio de 2016 emitido por el FNA³⁶, en respuesta al requerimiento de recaudo probatorio del *a quo*, el señor Roberto Segundo Fernández está afiliado a dicho fondo desde el año 1986, por lo que desde entonces el Departamento Administrativo de Salud de la Guajira consignó en la cuenta que a su nombre figura los aportes para cesantías entre los años 1986 a 1993, luego a partir del año 1994, esta carga fue asumida por la ESE Hospital de Nazareth, hasta el 2016.

3. El anterior hecho se corrobora del extracto histórico de sus cesantías, aportado igualmente por el FNA, en el que consta que desde el año 1986 y de manera ininterrumpida, le han sido consignados los aportes correspondientes

³⁵ Folio 43.

³⁶ Folio 217.

a dicha prestación en la cuenta individual que figura a su nombre en el Fondo Nacional del Ahorro, correspondiendo el último pago al año 2016³⁷.

4. Del referido reporte también se advierte que, el accionante durante los años 2000 a 2003, utilizó su ahorro de cesantías para realizar abonos a un crédito hipotecario y durante los años 2012, 2013, 2015 y 2016 efectuó retiros parciales de aquellas.

Así las cosas, claro está que el señor Roberto Segundo Fernández, al igual que los demás demandantes, tampoco es beneficiario del régimen de cesantías previsto en la Ley 6ª de 1945, por cuanto si bien tuvo la posibilidad de acogerse a ese sistema, desde el inicio optó por el administrado por el Fondo Nacional del ahorro al cual se encuentra vinculado desde el año 1986 y en el que de forma permanente le han consignado los aportes para tal prestación, correspondiendo el último pago certificado, al año 2016.

La anterior situación es corroborada por los extractos expedidos por el Fondo Nacional del Ahorro de los cuales se desprende que en su condición de empleado de la entidad demandada, allí le reportaron las cesantías anualmente desde que inició su relación laboral en el sector de la salud, en esa medida no es beneficiario del régimen retroactivo de cesantías señalado en la Ley 6ª de 1945.

Ahora, no obstante no obra en el expediente manifestación expresa de su voluntad acogerse a ese sistema, el hecho de haber realizado retiros parciales de sus cesantías directamente del Fondo Nacional del Ahorro y emplear dicho auxilio para abonar a créditos hipotecarios, permite a la Sala inferir que

³⁷ Folios 250 a 257.

conocía de su vinculación al aludido fondo, acogiéndose por tanto a las reglas y disposiciones que lo regulan.

En las anteriores condiciones, se concluye que a los señores Enilda Rosa Prieto Jusayu, Luis Ramiro Uribe Espinosa y Roberto Segundo Fernández Prieto, no les asiste el derecho a la reliquidación de las cesantías definitivas conforme al régimen retroactivo, razón por la cual esta Subsección confirmará la sentencia de primera instancia pero por las razones que anteceden.

De la condena en costas

En el caso la Sala observa que el *a quo* no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante quien dentro de sus facultades, hizo uso mesurado de su derecho de defensa. Por ello se revocará este aparte de la sentencia apelada.

Con fundamento en las razones expuestas, para la Sala se impone confirmar la decisión de denegar las súplicas de la demanda, contenida en la sentencia de primera instancia.

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

FALLA

Primero: CONFIRMAR CON MODIFICACIÓN la sentencia de 13 de octubre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que negó las pretensiones de la demanda incoada por los señores Enilda Rosa Prieto Jusayu, Luis Ramiro Uribe Espinosa, y Roberto Segundo Fernández Prieto, en contra del departamento de la Guajira y la ESE Hospital de Nazareth, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión; excepto el numeral **SEGUNDO** que se revoca y en su lugar, la Sala se abstiene de condenar en costas al vencido.

Segundo: Efectuar las anotaciones correspondientes en el sistema “Justicia Siglo XXI” y, ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

