



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

CONSEJERO PONENTE: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., dieciocho de enero de dos mil dieciocho

Expediente: 44-001-23-33-000-2014-90035-01
N.º Interno: 1575-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Lady Mejía Freile y otras
Demandado: Nación- Ministerio de Hacienda Pública - E.S.E. Hospital Nuestra Señora de los Remedios

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-002-2018

I. ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2016 por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que denegó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

Las señoras Lady Mejía Freile, Rosa Rodríguez de López, Teresa Josefa Quintana Rojas, Rosa Gómez Moreno, Aljadis Matilde Flores de Borrego y Ada Luz Mejía Tete en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandaron al Ministerio de Hacienda Pública y a la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de los Remedios.

Pretensiones¹

«[...] PRIMERO: Declarar la nulidad del acto que demando, proferido por la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha, de fecha 04 de octubre de 2013, recibido por la parte actora el 14 de octubre de 2013, en consecuencia de la solicitud reiterativa de agotamiento de la vía gubernativa elevada por la parte actora de fecha 28 de agosto de 2013.

SEGUNDO. Condenar a las entidades demandadas a pagar a mi poderdante el mayor valor de la retroactividad de las cesantías, ordenando que dichas cantidades líquidas de dinero sean actualizadas e indexadas y con aplicabilidad de la fórmula IPC, desde la fecha de su ingreso hasta el momento en que se decida liquidar la obligación.

TERCERO. Condenar a las entidades demandadas a pagar las costas y gastos del proceso y que se aplique la sanción moratoria por el hecho de no habersele cancelado a su debido tiempo la retroactividad de las cesantías.

CUARTO. Ordénese a darle cumplimiento a la sentencia dentro de los términos previstos en los artículos 176, 177, 178 del código contencioso administrativo, téngase en cuenta todos los pedimentos en esta demanda [...]]»

Fundamentos fácticos²

«[...] 1. Las señoras ROSA RODRIGUEZ DE LOPEZ, ROSA GOMEZ MORENO, ALJADIS MATILDE FLORES DE BORREGO, TERSA QUINTANA ROJAS, LADIS MEJIA FREILE Y ADLUZ MEJIA TETE, quienes se vincularon laboralmente en

¹ Folio 1

² Folios 1 y 2

el Hospital Nuestra Señora de los Remedios ESE de Riohacha, de acuerdo a las siguientes fechas:

ROSA RODRIGUEZ DE LÓPEZ, desde el 29 DE OCTUBRE DE 1987, HASTA EL 01 DE AGOSTO DE 2012; 18 DE MAYO DE 1971, AL 30 DE JUNIO DE 1973 Y DEL 15 DE NOV. DE 1981, HASTA EL 01 DE JUNIO DE 2012.

ROSA GOMEZ MORENO, desde el 01 de noviembre de 1975, hasta el 01 de abril de 1982, desde el 26 de abril de 1983 hasta el 01 de abril de 2012.

ALJADIS FLOREZ DE BORREGO, desde el 01 de junio de 1986 al 6 de marzo de 1980, desde el 01 de junio de 1983 al 01 de agosto de 2012.

TERESA QUINTANA ROJAS, desde el 01 de noviembre de 1975, hasta el 01 de abril de 1982, desde el 26 de abril de 1983 hasta el 01 de abril de 2012.

LADIS MEJIA FREILE, desde el 01 de abril de 1981, hasta el 30 de enero de 2012.

ADALUZ MEJIA TETE, desde el 01 de octubre de 1978, hasta el 30 de octubre de 2012.

2. Los accionantes mantienen vigentes su vinculación laboral por la normatividad que estableció el régimen retroactivo liquidación del auxilio de cesantía sin que de sus propias voluntades o le hayan ofrecido acogerse al nuevo régimen prestacional.

3. Los accionantes 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 Nuestra Señora de los Remedios E.S.E. de Riohacha, en cuenta individual que reportaba y consignaba esta entidad a favor de mis mandantes, el valor del auxilio de cesantía sin retroactividad alguna por cada año de servicio sin que hasta la fecha se hallan cancelado dicho pasivo prestacional.

4. El Fondo Nacional del Ahorro (FNA), es una entidad pública administradora del Auxilio de Cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio del estado, entidad esta que no obligaba legalmente a sus afiliados que se le hiciera el reconocimiento, liquidación y pago de retroactivo de las cesantías del sector salud.

5. Para garantizar el pago del pasivo prestacional del sector salud, incluida la retroactividad de la cesantía se creó un Fondo del pasivo prestacional como una cuenta especial de la nación sin personería jurídica por el Ministerio de Salud, cuyos beneficiarios tenían el legítimo derecho a exigir el pago, siendo así la nación y las entidades territoriales las responsables de tales obligaciones.

6. De acuerdo a lo expuesto anteriormente la responsabilidad de reconocimiento, liquidación y pago de la retroactividad de la cesantía de los servidores del sector de la 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 cesantía con anterioridad a la fecha corresponde a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las entidades territoriales (Departamento y Municipios), y a las instituciones hospitalarias las cuales no han asumido su responsabilidad hasta la fecha en que he presentado esta demanda.

7. Las entidades responsable de esta obligación recibieron petición interpuesta por mis poderdantes solicitando reconocimiento, liquidación y pago de retroactivo del auxilio de cesantía a que tienen derecho desde la fecha de su vinculación laboral ha sido negada como se puede observar en el acervo probatorio de esta demanda, petición mediante el acto administrativo que es objeto de la presentación de esta demanda argumentado que dicho peticionario está actualmente vinculado laboralmente y que dicha obligación es responsabilidad del fondo del ahorro y del Departamento de La Guajira.

8. Recibida la respuesta negativa por parte de las administraciones responsable de hacer reconocimiento, liquidación y pago del mayor valor por concepto de retroactivo de las cesantías, ha quedado agotada la vía gubernativa, quedando abierta la posibilidad de acceso a esta jurisdicción en procura que se declare la nulidad del mencionado acto particular, concreto y se restablezca el derecho de mis poderdantes.

9. En el momento en que cualquier funcionario público hubiere sido afiliado antes del 31 de diciembre de 1993, al Fondo Nacional del Ahorro, otro fondo de cesantía legalmente constituido y que por consiguiente no reconozca la retroactividad, la Nación se abstendría de pagarle con sus propios recursos a través del fondo de pasivo prestacional del sector salud,

exclusivamente sería el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el que últimamente tendría la responsabilidad de girar los recursos creando así ciertas facultades para suscribir los convenios correspondientes, la deuda del sector salud a 31 de diciembre de 1993, con una estricta vigilancia y control actualizada periódicamente revisando el pago del valor de la deuda del sector, causada y acumulada a diciembre 31 de 1993. [...]»

Decisiones relevantes en la audiencia inicial

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.³ En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)⁴

En el presente caso a folios 177 vuelto a 178 vuelto el *a quo* señaló lo siguiente respecto de las excepciones:

«[...] Ministerio de Hacienda. El apoderado de la entidad demandada propone: Falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de agotamiento de la vía gubernativa, caducidad y prescripción.

«[...]»

Falta de legitimación en la causa por pasiva. Dicha excepción no se encuentra probada, porque se trata de empleados del sector de la salud que ingresaron antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, donde era

³ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁴ Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo. (Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.)

vigente la Ley 10 de 1990 que establecía que el servicio de la salud estaba a cargo de la Nación.

«[...]»

Falta de agotamiento de la vía gubernativa: En consideración a lo señalado en el artículo 171 del CPACA, el Tribunal vinculó de manera oficiosa al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para lo cual lo realizó en virtud de las facultades legales conferidas en el mandato legal en cita, razón por la cual no se hizo necesario dicho agotamiento.

«[...]»

Caducidad. No está llamada a prosperar esta excepción, porque el acto administrativo demandado es de fecha 4 de octubre de 2013 (fol. 25-26) y la demanda fue presentada el 9 de diciembre de ese mismo año, cuando aún no habían transcurrido los 4 meses de que trata el numeral 2 literal d) del artículo 164 del CPACA.

«[...]»

Prescripción. No existe norma que regule la prescripción de las cesantías, ya que es un auxilio que debe pagarse conforme lo establece la Ley.

«[...]»

Las excepciones planteadas por el Hospital demandado son de fondo, razón por la cual no se pronuncia en esta etapa procesal.

«[...]»

No se decreta la ineptitud oficiosa de la demanda, porque no está probada en esta etapa procesal, en la medida que para establecer si tiene o no derecho a la sanción moratoria se debe verificar si tiene o no derecho al régimen retroactivo que es el derecho principal, si se han pagado o no, para verificar si tiene o no derecho a la sanción moratoria [...]»

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)⁵

En el *sub lite* a folio 178 vuelto en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto el problema jurídico, así:

Problema jurídico fijado en el litigio.

«[...] La fijación del litigio consiste en determinar si las demandantes tienen derecho a las cesantías retroactivas o anualizada y con ello, al pago del

⁵ La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última. (Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.)

mayor valor entre lo cancelado por tal concepto y a lo que legalmente tiene derecho.

Entendiendo que la sanción moratoria hace parte de ese régimen [...]»

III. SENTENCIA APELADA⁶

El *a quo* profirió sentencia de forma escrita, en la que denegó las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de falta de agotamiento del procedimiento administrativo frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar hizo referencia a las normas que regulan los regímenes de cesantías aplicables a los empleados públicos del sector salud y señaló que los vinculados con anterioridad a la Ley 10 de 1990 se consideraban empleados públicos del nivel nacional a los cuales se les aplicaba el régimen salarial y prestacional señalado para la rama ejecutiva del orden nacional.

Por tanto, con base en las pruebas aportadas al expediente señaló que las demandantes desde su vinculación con la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios, en materia de cesantías estuvieron vinculadas al Fondo Nacional del Ahorro, porque no era opcional escoger el fondo de cesantías y, en esa medida no tienen derecho a la retroactividad que reclama sino al pago de intereses del 12% anual, de conformidad con las preceptivas del Decreto 3118 de 1968 y las Leyes 41 de 1975 y 432 de 1998.

Indicó que el servicio de salud de La Guajira, no era de orden departamental, para que se les aplicara a los empleados el régimen de cesantías retroactivas de la Ley 6 de 1945.

Ello, toda vez que si bien a través de la Ordenanza 018 de 1994, se creó el Hospital demandado como una entidad del subsector salud como entidad

⁶ Folios 277 a 290

descentralizada por servicios del orden departamental, fue posterior a la expedición de la Ley 10 de 1990, norma que se repite ordena que a los empleados del régimen de la salud se les aplica el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, es decir, la cesantía anualizada administrada por el Fondo nacional del Ahorro.

Finalmente, condenó en costas a la parte demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandante solicitó revocar la sentencia de primera instancia por considerar que son funcionarios del orden territorial y laboraron para la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de manera ininterrumpida desde antes del 23 de diciembre de 1993.

En esa medida, consideran que les asiste el derecho a que la entidad territorial les reconozca y cancele la retroactividad de las cesantías desde la fecha de su vinculación hasta el año de 1993, con su correspondiente sanción moratoria toda vez que este régimen se aplica a aquellos funcionarios del Estado vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, que la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios reconozca la retroactividad de las cesantías desde el año 1994 hasta la fecha de sus desvinculaciones, con el descuento del valor de las cesantías anualizadas, como lo señaló el Consejo de Estado⁸ en asuntos similares.

Finalmente, solicitó revocar la condena en costas en la medida que no actuó temerariamente, ni con mala fe, solo ajustado a lo ordenado en la ley.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

⁷ Folios 297 a 300

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de febrero de 2011, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación 44001233100020030090602.

Parte demandante: No presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, tal como se observa a folio 347.

ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios⁹: Reiteró los argumentos expuestos a lo largo de la actuación.

Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto en segunda instancia, tal como se observa a folio 347.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2. Problemas jurídicos

Conforme al recurso de apelación, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Las demandantes tienen derecho a la reliquidación de sus cesantías conforme al régimen retroactivo, por haber sido vinculadas con anterioridad al 31 de diciembre de 1993 a la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha, en vigencia de la Ley 6ª de 1945?
2. ¿Es procedente en esta instancia el pronunciamiento frente al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de

⁹ Folios 336 a 342.

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

1995 y 1071 de 2006?

3. ¿La sentencia de primera instancia incurrió en algún error al condenar en costas a la parte demandante, quien fue vencida en el proceso en dicha instancia?

2.1.- Primer problema jurídico

¿Las demandantes tienen derecho a la reliquidación de sus cesantías conforme al régimen retroactivo, por haber sido vinculadas con anterioridad al 31 de diciembre de 1993 a la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha, en vigencia de la Ley 6ª de 1945?

Al respecto, la Sala sostendrá la tesis negativa, con base en los siguientes argumentos.

2.1.1.- Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos.

La Ley 6ª de 1945 en el artículo 17 señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1.º de enero de 1942¹¹.

Mediante el Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales y, el artículo 1.º les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo cual incluyó el auxilio de cesantías¹². Y en el artículo 6.º de la misma

¹¹ ARTICULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:
a).Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. [...]

¹² Artículo 1.º Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo.”

ley se señalaron las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y en el artículo 1.º extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios y, 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 cesantías¹³.

El Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 señaló 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.

Este régimen de cesantías tenía un carácter retroactivo, por cuanto tenía en cuenta, para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicio, el último sueldo devengado.

Mediante el Decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional de Ahorro - FNA, como un establecimiento público, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico. Dentro de sus objetivos, el artículo 2.º señaló:

«[...]

- a. Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales;
- b. Proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador;

¹³ 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.

- c. Contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado;
- d. Contribuir a la mejor organización y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y a la futura unificación de sus servicios;
- e. Saldar el déficit actual por concepto de cesantías del sector público y establecer sistemas adecuados y reservas suficientes para atender oportunamente el pasivo a cargo del Estado por tal concepto, y
- f. Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación no inflacionaria de proyectos de especial importancia para el desarrollo económico y social.
[...]

En el mencionado decreto se determinó que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional de Ahorro las cesantías de 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.

Respecto a la liquidación de las cesantías el artículo 27 del citado Decreto 3118 de 1968, señaló:

«[...] Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador [...]

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empezó en el sector público el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías para dar paso a un sistema de liquidación anual. Proceso que continuó con las disposiciones que modificaron la naturaleza y cobertura del Fondo Nacional del Ahorro y permitieron la vinculación a los empleados de las entidades territoriales y sus entes descentralizados (Ley 432 de 1998 y Decreto 1453 de 1998).

A su vez, la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, en el artículo 13 señaló que a partir de su publicación, las personas que se vinculen a las entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de las mismas debía realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la anterior, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos de nivel territorial, e indicó que el régimen de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se hubieran afiliado a un fondo de cesantías, sería el contemplado en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

En el caso de aquellos 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 al previsto en dicha ley, 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 [...]»

El postulado transcrito fue reiterado por esta Corporación mediante sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016¹⁴, 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 2.º, 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: «[...] 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 [...]».

¹⁴ 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.

2.1.2.- Régimen de cesantías de los servidores públicos del sector salud

Según lo señalado por esta Corporación¹⁵, en lo que respecta a los funcionarios del sector salud, el régimen aplicable corresponde al previsto en las Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946, el Decreto 3118 de 1968 y en especial lo previsto en el artículo 30 de la Ley 10ª de 1990 que señala:

«[...] 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 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 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 [...]»

Igualmente, 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», creó en su artículo 33 el Fondo Prestacional del Sector Salud para el pago del pasivo prestacional de los servidores de este sector, esta norma en su parágrafo 2.º señaló:

«[...] 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

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 5 de abril de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 4402-2014; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 12 de mayo de 2014, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, número interno 1238-2013; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de noviembre de 2010, Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno: 2033-2009; iv) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 0904-2006,

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 [...]»

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, causadas hasta la vigencia presupuestal de 1993, tal como lo señala el artículo 33 de la Ley 60 de 1993.

Además de determinar el origen, naturaleza y objetivos del Fondo, el artículo 33 ib., definió la metodología para calcular el valor de los pasivos prestacionales y autorizó a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal para emitir bonos de reconocimiento u otros títulos de deuda pública destinados a cubrir el pasivo prestacional.

Dispuso, además, que el pago de los pasivos por el Fondo «podrán ser hechos a los fondos privados de cesantías y pensiones, a las cajas de previsión, al Instituto de Seguros Sociales o a los fondos territoriales que para el efecto se creen» y, advirtió, que «en todos los casos se entenderá que en la fecha del pago 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»

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 se refirió igualmente al Fondo Prestacional del sector salud en su artículo 242 y aclaró que asumirá 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 [...]»

Esta normativa fue reglamentada por el Decreto 530 de 1994 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, el cual, en su artículo 13 previó que la Nación a través del Fondo del Pasivo debe abstenerse de liquidar y pagar con sus recursos la retroactividad en los siguientes eventos:

«[...] Para efectos del reconocimiento y pago de las cesantías a los servidores públicos y trabajadores privados de que trata el numeral 1 del artículo 33 de la Ley 60 de 1993, se tendrá en cuenta lo siguiente

«[...]»

2o. Que el régimen de retroactividad reconocido por el Fondo del Pasivo será el consagrado por la ley y por las convenciones vigentes a 23 de diciembre de 1993, de conformidad con el artículo 242 de la Ley 100 de 1993.

A los servidores de cualquier nivel administrativo afiliados con anterioridad al 31 de diciembre de 1993, al Fondo Nacional de Ahorro u otro Fondo de

cesantías legalmente constituido y que no reconozca retroactividad, la Nación a través del Fondo del Pasivo, se abstendrá de liquidar y pagarles con sus recursos dicha retroactividad [...]»

Finalmente, el artículo 8.º del Decreto 306 de 2004, señaló:

«[...] Se consideran beneficiarios del pasivo prestacional del sector salud, aquellos trabajadores públicos y trabajadores privados que fueron certificados como tales por el Ministerio de Salud, de conformidad a la normatividad entonces vigente, sin perjuicio a las modificaciones a que haya lugar con ocasión de la revisión que realice el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. [...]»

El Fondo del Pasivo Prestacional fue suprimido por el artículo 61 de la Ley 715 de 2001, y asumió la responsabilidad del pago de las cesantías del Fondo la Nación –Ministerio de Hacienda Público- según los convenios de concurrencia a nivel territorial.

Es preciso aclarar que las instituciones de salud continuarán con la responsabilidad de presupuestar y pagar directamente las cesantías y pensiones a las que están obligadas, en los términos del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, hasta el momento en que se firme el contrato en el cual se establezca la concurrencia para el pago de la deuda (proporción o porcentaje en que han de concurrir financieramente los entes territoriales), en los precisos términos establecidos en los artículos 17 a 21 del Decreto 530 de 1994¹⁶.

Así las cosas, es claro para la Subsección que por regla general, el auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se liquida con el régimen de retroactividad, es decir, con

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 13 de febrero de 2014, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno: 0553-2010

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.

Adicionalmente, se resalta 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, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional¹⁷, así:

3. La situación concreta que se analiza.

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 hacia 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)

De lo anterior se infiere que la liquidación de cesantías con el régimen de retroactividad causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 1993 estaba a

¹⁷ Sentencia C-687 del 58 de diciembre de 1996. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Demanda de inconstitucionalidad contra el Parágrafo Segundo del artículo 33 de la Ley 60 de 1993. Actor: Jairo Villegas Arbeláez.

cargo del Fondo de Pasivo Prestacional del Sector Salud, y la generada con posterioridad, respecto de aquellos que continuaran cobijados por dicho régimen, al no haberse acogido al anualizado que prevén las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, estaría a cargo de la entidad territorial.

No obstante, el Consejo de Estado¹⁸ en reiterada jurisprudencia ha señalado que en los eventos en los cuáles los hospitales no demuestren que habían efectuado el correspondiente corte de cuentas e incluido a la totalidad de las personas en el correspondiente contrato de concurrencia, no quedan exonerados de la obligación de responder directamente por el reconocimiento de las cesantías retroactivas.

2.1.3.- Naturaleza jurídica de los empleados públicos del Hospital Nuestra Señora de los Remedios

El Hospital Nuestra Señora de los Remedios, conforme al Decreto 056 de 1975, inicialmente perteneció al Sistema Seccional de Salud de La Guajira de la Dirección Nacional de Salud. De igual manera, conforme el artículo 13 ib., cada Seccional de Salud, contaba con un Jefe que actuaban como agente del Ministro de Salud Pública y una Junta de servicios seccionales de salud, conformado entre otros por un representante del Ministerio de Salud Pública.

No obstante, el Consejo de Estado¹⁹ indicó que el sistema de salud no podía ser asimilable a ninguna organización del orden nacional, pues su integración a través de convenios y contratos con el consentimiento de organismos prestadores del servicio concluye que no se trata de entidades pertenecientes

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de febrero de 2011, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, número interno: 0552-2010; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 13 de febrero de 2014, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 0705-2012; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 7 de septiembre de 2006, Consejero ponente Alejandro Ordóñez Maldonado, número interno 3499-2001

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Plena, providencia de 4 de mayo de 1993 Consejero ponente Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente c-231; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de febrero de 2011, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, número interno: 0552-2010

a los ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos y menos a las superintendencias.

Por tanto, no era posible catalogar a los empleados públicos de la planta de personal como del orden nacional, pues no existían en la estructura del Estado como una entidad adscrita o vinculada y en esa medida, se determinó que los empleados públicos de los hospitales que hacían parte de los sistemas seccionales de salud ostentaban la calidad de empleado público del orden departamental.

Posteriormente, en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Asamblea Departamental de La Guajira, a través de la Ordenanza 018 de 1994, creó la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora de los Remedios del orden departamental de La Guajira.

2.1.4.- Caso concreto

En el presente asunto, se aportaron las siguientes pruebas:

- Certificaciones expedidas por la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios respecto del tiempo de servicios de las demandantes²⁰, así

Nombre	Cargo	Inicio	Final
Rosa Cecilia Rodríguez de López	Auxiliar Administrativo	29 de octubre de 1987	1.º de agosto de 2012
Rosa Manuela Gómez Moreno	Auxiliar en el Área de la Salud	16 de mayo de 1971 y del 15 de noviembre de 1881	30 de junio de 1973 1.º de junio de 2012
Algadis Matilde Flórez de Borrego	Auxiliar en el Área de la Salud	1.º de junio de 1976 y del 1.º de junio de 1983	6 de agosto de 1980 1.º de agosto de 2012
		1.º de noviembre de	1.º de abril de 1982

²⁰ Folios 27 a 57

Teresa Quintana Rojas	Auxiliar administrativo	1975 y del 26 de abril de 1983	1.º de abril de 2012.
Ladys Leonor Mejía Freile	Auxiliar en el Área de la Salud	1.º de abril de 1981	30 de enero de 2012.
Ada Luz Mejía Tete	Auxiliar en el Área de la Salud	1.º de octubre de 1978	30 de octubre de 2012.

- Certificación de 10 de noviembre de 2010, expedida por la Directora de regulación económica de la seguridad social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público²¹, correspondiente a la devolución realizada al Departamento de La Guajira del monto a concurrir por la Nación para aportes de cesantías, con base en el contrato de concurrencia 001 de 2010.

«[...] El concepto del valor que se gira corresponde a la devolución del monto a concurrir por la Nación del 74.39% del total de la adeuda por aportes para cesantías a 31 de diciembre de 1993 de los trabajadores de las instituciones hospitalarias de salud adeudadas por el Departamento Administrativo de salud de La Guajira y que fue cancelada en su totalidad por el Departamento de La Guajira al Fondo Nacional del Ahorro mediante proceso conciliatorio [...]»

- Contrato de concurrencia n.º 001 de 2010 suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento de La Guajira²², para el pago del pasivo prestacional por concepto de cesantías causados a 31 de diciembre de 1993 de las instituciones hospitalarias del departamento de La Guajira.

- Certificación de beneficiarios del pasivo prestacional del sector salud del departamento de La Guajira²³, en el cual, respecto a los funcionarios del Hospital Nuestra Señora de los Remedios no figura ninguna de las demandantes como beneficiarias.

²¹ Folio 102

²² Folios 104 vuelto a 105 vuelto

²³ Folios 111 a 113

- Certificados expedidos por la profesional universitaria de talento humano de la entidad demandada²⁴, en los cuales, señala que a cada una de las demandantes se les reportó al Servicio Seccional de Salud de La Guajira los aportes de cesantías y se les aplicable el sistema de cesantías retroactivas hasta diciembre de 1993, y que a partir de enero de 1994 se les reportó al Fondo Nacional del Ahorro en el sistema de cesantía anualizada.

- Oficio de 17 de junio de 2015 expedido por la Subdirectora de pensiones de la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social, en el cual, textualmente se señala:

«[...] Además, es del caso resaltar que revisada la documentación que contiene la información del pasivo prestacional de las entidades del sector salud del Departamento de La Guajira, se pudo establecer que: ROSA RODRÍGUEZ DE LÓPEZ, ROSA GÓMEZ MORENO, ALJADIS FLORES DE BORREGO, TERESA QUINTANA ROJAS, LADIS MEJÍA FREILE y ADA LUZ TETE, no quedaron inscritos en calidad de beneficiarios por parte de la ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, del municipio de Riohacha –La Guajira, en la certificación del extinto fondo del pasivo prestacional del sector de la salud expedida por la Dirección General de Descentralización y Desarrollo Territorial del entonces Ministerio de Salud [...]»

- Extracto individuales de cesantías de las demandantes²⁵

Al valorar las pruebas obrantes en el expediente, se concluye que a las demandantes, como empleadas del Hospital Nuestra Señora de los Remedios del orden departamental, tienen derecho al régimen retroactivo de las cesantías de la Ley 6ª de 1945.

Por tanto, tal como ha señalado esta Corporación en asuntos similares²⁶ no podían estar afiliadas al Fondo Nacional del Ahorro en consideración a que los

²⁴ Folios 192 a 197

²⁵ Folios 213 a 242

²⁶ ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de febrero de 2011, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, número interno: 0552-2010; ii) Consejo de Estado, Sala de lo

únicos afiliados de manera obligatoria eran los servidores de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional a quienes se les aplica el régimen propio de dicho régimen, así mismo, toda vez que el régimen propio del Fondo Nacional del Ahorro, se extendió a los empleados del nivel territorial y sus entes descentralizados, tan solo a partir de la Ley 432 de 1998.

Corroborar lo anterior, las certificaciones expedidas por la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios, en las cuales señala que a cada una de las demandantes, les aplicó el sistema de cesantías retroactivas hasta diciembre de 1993, sin que exista prueba alguna de las manifestaciones voluntarias de las demandantes de que a partir de la citada fecha, renunciaban al régimen retroactivo de cesantías. Por tanto, se concluye que sus afiliaciones al Fondo Nacional del Ahorro, en el que se consignaron cesantías a partir del año 1994, lo fue conservando el derecho a la liquidación con retroactividad de sus cesantías.

En consecuencia, la Sala considera que a pesar de haberse hecho el reconocimiento anualizado de cesantías por parte del Fondo Nacional de Ahorro y como quiera que se determinó que las demandantes tienen derecho a la liquidación de sus cesantías bajo el sistema de retroactividad, deberá accederse a las peticiones de la demanda por este aspecto.

Ahora, tal como se señaló en acápites anteriores, toda vez que la deuda por cesantías retroactivas no fue incluida dentro del Fondo de Pasivo Prestacional del Sector Salud, por omisión del Hospital Nuestra Señora de los Remedios, éste último deberá asumir directamente la obligación del reconocimiento y pago de la diferencia que surjan con ocasión de la liquidación retroactiva de las cesantías, pues no puede hablarse de una concurrencia de en el pago de la

deuda.

En conclusión: En el presente caso, toda vez que las demandantes desde su vinculación al Hospital Nuestra Señora de los Remedios ostentaron la calidad de empleadas del orden departamental, tienen derecho al reconocimiento de las cesantías en forma retroactiva.

2.2.- Segundo problema jurídico

¿Es procedente en esta instancia el pronunciamiento frente al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

Al respecto la Subsección sostendrá la tesis negativa, con base en los siguientes argumentos:

En el presente asunto, no es posible ordenar su reconocimiento, en la medida que no se agotó el procedimiento administrativo frente a dicha pretensión.

En efecto, el Consejo de Estado²⁷ ha señalado que esta exigencia «[...] implica que los puntos que son llevados ante la jurisdicción para que sean decididos deben haberse puesto previamente en consideración de la entidad administrativa, con el objeto de que ella misma, en principio, sea quien tenga la posibilidad de decidir favorablemente o no sobre la viabilidad de una reclamación [...]».

Al observar la petición presentada se tiene que las demandantes²⁸ se limitaron a solicitar el reconocimiento, liquidación y pago del retroactivo de las cesantías, sin que se advirtiera consideración alguna frente al reconocimiento de la sanción moratoria alegada, en consecuencia, en esa medida no comprende materia de juzgamiento dentro del presente proceso.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 20 de mayo de 2010, Radicación: 3712-2004.

²⁸ Folio 23

En conclusión: No es posible efectuar un estudio sobre la pretensión del reconocimiento de la sanción moratoria, toda vez que no se solicitó ante la administración, lo que imposibilita al juez pronunciarse sobre la misma.

2.3. Tercer problema jurídico

¿La sentencia de primera instancia incurrió en algún yerro al condenar en costas a la parte demandante, quien fue vencida en el proceso en dicha instancia?

Para tal efecto, analizaré el régimen de condena en costas en esta jurisdicción.

2.3.1. De la condena en costas

Esta Subsección tuvo la oportunidad de sentar posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA²⁹. En aquella oportunidad se concluyó lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “*subjetivo*” –CCA- a uno “*objetivo valorativo*” –CPACA-.
- b) Se concluye que es “*objetivo*” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “*valorativo*” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de

²⁹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección “A” de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. El sustento de este criterio se expresó en forma extensa en aquella decisión, en la cual se analizó la evolución legislativa de la

³⁰ “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]”

condena en costas en esta jurisdicción. Este criterio se ratifica en esta providencia, sin necesidad de transcribir lo allí estudiado.

2.3.2.- Caso concreto.

En la sentencia de primera instancia se condenó en costas a la parte demandante, quien resultó vencido en la instancia, sin que para ello se deba acudir a argumentos de orden subjetivo como lo pretende el apoderado recurrente. En lugar de ello, el razonamiento debe ser objetivo valorativo.

De otra parte y bajo el mismo hilo argumentativo, en el presente se impondrá condena en costas en ambas instancias a cargo de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha, toda vez que resulta vencido en el proceso de la referencia, conforme el ordinal 4.º del artículo 365 del Código General del Proceso que señala «[...] Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias [...]».

2.4.- Restablecimiento del derecho

Demostrado que las demandantes tienen derecho a la reliquidación de sus cesantías con base en el régimen retroactivo, se revocará la sentencia de primera instancia y se impartirán las siguientes órdenes:

1. Se declarará la nulidad del Oficio de 4 de octubre de 2013, expedido por la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha.
2. Se ordenará a la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha, liquidar las cesantías de las señoras Lady Mejía Freile, Rosa Rodríguez de López, Teresa Josefa Quintana Rojas, Rosa Gómez Moreno, Aljadis Matilde Flores de Borrego y Ada Luz Mejía Tete, con el sistema de retroactividad de conformidad con lo previsto en las Leyes

6ª de 1945 y 65 de 1946 y los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, desde la fecha de sus vinculaciones hasta cuando se hizo efectivo el retiro del servicio, descontando los valores reconocidos y pagados por concepto de liquidación parcial de cesantías y los valores que se hubieran reconocido y pagado por concepto de cesantías definitivas.

3. Así mismo, las sumas que resulten a favor de la demandante se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia y se aplicará para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por las demandantes desde las fechas en que tuvieron derecho a la liquidación definitiva de sus cesantías con el sistema de retroactividad, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

4. A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos del artículo 192 del CPACA.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar se accederá a las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

Primero: Revocar la sentencia de 20 de enero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira que denegó las pretensiones de la demanda en este asunto.

Segundo: Declarar la nulidad del Oficio de 4 de octubre de 2013, expedido por la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha que denegó la liquidación de las cesantías de las señoras Lady Mejía Freile, Rosa Rodríguez de López, Teresa Josefa Quintana Rojas, Rosa Gómez Moreno, Aljadis Matilde Flores de Borrego y Ada Luz Mejía Tete, con el sistema de retroactividad de conformidad con lo previsto en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947.

Tercero: Ordenar a la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha a liquidar las cesantías de las señoras Lady Mejía Freile, Rosa Rodríguez de López, Teresa Josefa Quintana Rojas, Rosa Gómez Moreno, Aljadis Matilde Flores de Borrego y Ada Luz Mejía Tete, con el sistema de retroactividad de conformidad con lo previsto en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, desde la fecha de sus vinculaciones hasta cuando se hizo efectivo el retiro del servicio, descontando los valores reconocidos y pagados por concepto de liquidación parcial de cesantías y los valores que se hubieran reconocido y pagado por concepto de cesantías definitivas.

Cuarto: Ordenar a la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha a actualizar las sumas que resulten a favor de la parte demandante,

con base en la fórmula que indicada en la parte considerativa de esta providencia.

Quinto: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sexto: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Séptimo: Condenar en costas en ambas instancias a la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios y a favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el a quo

Octavo: Reconocer personería adjetiva al señor Carlos Alberto Hernández Varela, identificado con cédula de ciudadanía 73.189.469 de Cartagena y tarjeta profesional 171.451 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios, en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 329 del expediente.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

JCIG/ISG